شرح الرّوضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة

۴۶۹۶

کتابخانه مجلس شورای ملی

کتاب شرح علی الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة

مؤلف جواد بن عبدالحسین بن محمد حسن بن مبارک النجفی

موضوع

شماره ثبت کتاب ۶۲۵۵۴ / ۳۱۴۸

بازدید شد ۱۳۸۲

خطی - فهرست شد ۴۳۳۱

١

هذا الكتاب شرح على الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية

١٠٦٤ : شرح الروضة البهية للشيخ جواد بن الشيخ عبد الحسين بن
الشيخ محمد حسن بن الشيخ مبارك النجفي المتوفى بها سنة ١٣١١ هـ رأيته
عند ولده العلامة المرحوم الشيخ عبد الحسين مبارك المولود سنة ١٣٠١ و
الذي توفي سنة ١٣٦٤ هـ . (الذريعة الى تصانيف الشيعة ج ١٣ ص ٢٩٢ -
٢٩٣)

من اول الدين ~~...~~
الى آخر السبق والرماية

٢

بسم الله الرحمن الرحيم

قوله كتاب الدين وفيه فصلان الاول القرض والدرهم منه بثمانية عشر مع ان درهم الصدقة
بعشرة الدين عبارة عما استقر في الذمة من الاموال وهو لا ينحصر فيما ذكره المصنف من القسمين
وانما اقتصر عليهما لاشتمالهما على اكثر احكام الديون وقد استطرد فيما اختص به غير القرض
من الاحكام كما سنعلم والقرض بالفتح والكسر على ما قيل عبارة عن معروف اثبته الشارع
مع رد عوضه في غير المجلس غالبا والاخلاف في استحبابه وحث المؤمن لما فيه من
قضاء حاجته والكشف عن كربته وكونه معروفا فقد ورد عن الصادق عليه السلام في قول الله عز وجل
الا من امر بصدقة او معروف قال يعني بالمعروف القرض وقد ورد على انه افضل من الصدقة
وان الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر وان ذلك مكتوب على باب الجنة وان الله يحسب
اجره بحساب الصدقة حتى يرجع ماله البر وهو يقتضي ان له في كل آن من آنات تأخره
ثواب الصدقة فيزيد على ثواب الصدقة اضعافا مضاعفة وان كان ثواب القرض دائما
ضعف ثواب الصدقة كما يستفاد من المروي عن الشيخ مرسلا ان القرض افضل من الصدقة
بمثله في الثواب بناء على ان مثله بمثله افضل لكنه بعيد بل الظاهر تعلقه بالصدقة ولا يفيد
سوى افضليته على الصدقة من غير تقدير الثواب على نحو ما ورد من قوله عليه السلام لان اقرض
قرضا حسنا احب الي من ان اتصدق بمثله نعم ما اشرنا اليه من النصوص القاطعة بان
القرض بثمانية عشر والصدقة بعشرة فانه يفيد ان ثوابه ضعف ثواب الصدقة
حيث ان درهم القرض يرجع الى صاحبه بخلاف الصدقة فتقطع المفاضلة بينهما في الثواب
المكتسب وهو تسعة وليس فيما وقف عليه من النصوص ما يدل على افضلية الصدقة
سوى ما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال الف درهم اقرضها مرتين احب الي من ان اتصدق بها
مرة ولا دلالة فيه بل الظاهر انه اشار بذلك الى المساواة بالقرض دون الصدقة
وهذا من جملة المرجحات للقرض عليها في مرجحاته من ان القرض لا يقع الا في يد المحتاج
غالبا بخلاف الصدقة والظاهر ان هذا الثواب مرتب على اقراض المؤمن كما ورد فقيد

بذلك في بعض الاخبار وان كان الموقوف ان امن عوده جائز بل راجحا في بعض الاحوال وقد
اجرا بعضهم وانه مشروط بقصد القربة التي لا ثواب بدونها الا ما وقع على جهة التفضل في
بعض الاعمال ولانه لم يثبت ان القرض منها على قصد ولكونه من المعروف ومكارم الاخلاق
فلم يثبت تقديره بكونه ضعف ثواب الصدقة بدونه فان اثر ما القربة التي لا ينفك عنها
تحقق مفهوم الصدقة قوله والصيغة اقرضتك وانتفع به او تصرف فيه او ملكتك
وعليك عوضه فيقول المقترض قبلت وشبهه لا خلاف في ان القرض عقد من العقود
مفتقر الى الصيغة وان وجد لته المعاطاة فيه كغيره من العقود الا ان مفاد الصيغة الملك
بها او بالقبض كما او بعد التصرف الكاشف عن حصول الملك بها ومعنا المعاطاة انما حد
التصرف الذي لا يفيد ملكا الا في بعض منافع يتوقف عليه منه على الملك كالعتق والبيع
فقد قيل بلزوم الملك تقديرا قبله وهو غير ثابت هنا في المسالك من انه لو قلنا بتوقف
الملك في القرض على التصرف كان قبله بمنزلة الاباحة فينبغي عدم توقفه على العقد غير
منجز نعم لو قلنا بان المعاطاة تفيد ملكا متزلزلا كانت كالعقد بناء على ان القرض
من العقود الجائزة فتنتفي الفائدة بين عقده ومعاطاته الا انه سيعرف ما يراد والملك
من جواز عقد القرض وانه بمعنى استحقاق المطالبة بالعوض في الحال وهو لا ينافي
اللزوم فالفائدة متحققة بينهما واما ما ذكره المصنف من ان الصيغة صيغة الايجاب
اقرضتك وما بعده من الصيغ فقد نفى لمرتب الاكتفاء في ايجاد القرض بكل لفظ دل على
معناه صريحا كان او مجرى واعتبار وما ينظم الى غير الصريح من اللفظ الدال على ارادة القرض
كالتقاضي وعليك عوضه الى نيته في الايجاب هذا وانتفع به او تصرف فيه او ملكتك
اواسلفتك واما الاكتفاء بجميع الالفاظ المذكورة فمبني على ما اشتهر بينهم من المسامحة
في صيغ العقود الجائزة بناء على ان القرض منها الا انه في كونه منها محل اشكال لما
سيأتي من عدم جواز رجوع المقرض بالعين بعد العقد والقبض ومن جواز المطالبة

بالعوض

بالعوض في الحال فان ذلك لا ينافي اللزوم لكن صرح جماعة بعد ملزمة القرض معاملته لعقد
الجائز في الاكتفاء بكل ما دل عليه لفظ وعلى وجه يظهر انه من المسلمات بينهم فان تم اجماع والا
فالاحوط الاقتصار على اقرضتك وما يقرب منها من الصيغ التي لا تتوقف على قرينة ولا ضميمة
واما الاكتفاء بالضميمة المذكورة وهي رد العوض في باقي الصيغ فيشكل بانها لا تخص القرض
لجواز احتمالها مع ذلك الهبة المذكورة المعوضة والاباحة بالعوض الا ان تنظم واشباه اخرى
في ارادة خصوص ارادة القرض كاستدعاء المقرض قبل ذلك ونحوه ولو تجردت الصيغة المذكورة
من ضميمة رد العوض فما تضمن منها الامر بالانتفاع والتصرف فهو ظاهر في الاباحة وما تضمن
في التمليك فهو ظاهر في الهبة فلو ادعى المالك فيه ارادة القرض فقد رجح في التذكرة قبول
قوله لانه لفظه وهو ابصر بنيته واحتمل تقديم مدعي الهبة لانه ظاهر اللفظ ولعله الاظهر هذا
في طرف الايجاب واما في طرف القبول فلا اشكال في الاكتفاء بكل ما دل عليه من الالفاظ
كقبلت ورضيت ونحوهما وفي الاكتفاء بالقبول الفعلي وجهان صرح في التذكرة بكفايته
وبتعريفه الدروس قال والاقرب الاكتفاء بالقبض لانه مرة رجوعه الى الاذن في التصرف
ولا يخفى ما في هذا التعليل اذ ليس البحث في اباحة التصرف حتى يكتفى بالايجاب والقبول
في حصول الملك والانتقال وحصوله بالقبول الفعلي على اشكال مع ان الاذن المستفادة
من طرف الايجاب والقبول انما هي بطريق الملك فاذا حصل انتفاؤه لانتفاء القبول المعتبر
شرعا فلا اذن لانتفاء المقيد بانتفاء قيده فلو علل الاكتفاء بالقبول الفعلي بان القرض
من العقود الجائزة سيما من جانب المقترض ومن شانها المسامحة في صيغها او بان ذلك
يكون معاطاة القرض لا من عقده لكان اولى قوله ولا يجوز اشتراط النفع اشتراط القرض
ما يجر منفعة الى المقرض محرم بالاجماع والنصوص فمن النبوي المشهور كل قرض يجر
منفعة فهو حرام وفي صحيح ابن قيس لا يأخذ احد منكم ركوبا او عارية يشترط من اجل
قرض ورق وفي صحيح ابن جعفر عن رجل اقرض رجلا مائة درهم ليعطيه حملا حسنا او اقل او اكثر ذلك

ذلك الربا المحرم بعد ذلك مما يتوقف على طرف منه مما ورد في جملة من النصوص من ان خير القرض
ما جر نفعا فيحمل عند الاصحاب على تجرده عن الشرط جمعا بينهما اذ لا خلاف في جواز اعطاء
الزائد وقبوله من غير كراهة وان لم يكن ذلك من نية المقرض لولا ما يستفاد من الاجماع والنصوص
على تحريم الاشتراط لامكن القول بان الشرط في القرض كالوعد لا يجب الوفاء به لكونه من
العقود الجائزة فكما لا يحرم القرض لا يفسد بوعد الزيادة فكذا في اشتراطها الا ان الكلمة
متفقة على تحريم القرض بشرط الزيادة فيه بل هو ضروري لكونه لا اذنا من جانب المقرض و تشبيه
جائز من الجانبين فيكون المعتبر مشروعية القرض بجودة عن اشتراط النفع العائد الى المقرض
مطلق زيادة كان في المال المقترض او لم يكن كما لو اشترط على المقترض ان يقرضه شيئا او
اشترط عليه ان يبيعه محاباة او ان يهبه شيئا او يجعل رهنا على دين آخر لصدق المنفعة
والانتفاع في ذلك ونحوه خلافا لما يظهر من القواعد وجامع المقاصد من جواز هذه
الشروط الا معللا في الاخير بان الممنوع منه ما كان من الزيادة في نفس المال المقترض
لا مطلق الزيادة وهو في محل المنع فان المفهوم من النص والفتوى ان المدار في التحريم في
القرض على صدق حصول المنفعة المترتبة على القرض سواء كانت زيادة في نفس المال المقترض
لاندراج الجميع في عموم على كل قرض يجر منفعة وليس الحال فيه كالبيع المترتب تحريمه على
صدق الزيادة في احد العوضين ولعل ما علل به في جامع المقاصد بناء من تخيل
اتحاد مسئلتي القرض والبيع وليس كذلك لاختلاف المسئلتين موضوعا واحكاما ولذا
سمي المحرم في القرض نفعا و في البيع زيادة ربا واختص التحريم في البيع في المقدر الربوي
وعم في القرض جميع المقرضات ربويا كانت او غيرها وجاز في البيع المعاوضة مع زيادة
الوصف اذا اتحدا وجاز في النقدين كبيع المكسر بالصحيح وامتنع ذلك في القرض وحيث
كان الاعتبار هنا بصدق حصول النفع والانتفاع فلا يحرم اشتراط ما ليس فيه وان كان قبل
او رهن على القرض فلا يبعد ...
من ورد

من رد العوض بخلاف اشتراط الرهن على دين آخر لرجحانه انتفاع حصل بسبب القرض وكذا الحكم
اشتراط التسليم في غير بلد العقد كما يقتضيه النصوص المعتبرة وليس ذلك استثناء كما توهم
بل لعدم عده منفعة عرفا وان تعلق غرض لخصوص المشترط الا بما شرط ولذا لا يعد اشتراط
البيع بثمن المثل منفعة وان كان للمشترط فيه حاجة شديدة وكذا لا يحرم الشرط لو لم يعد منفعة
الى المقرض بل الى المقرض او غيره كما لو شرط المقرض المكسرة عوض الصحاح والردية عوض
الجيدة لعدم امداد حرمتها ان شرط البيع من العموم اما لو شرط القرض ذلك عليه فلا يبعد المنع
وكذا لو شرط على المقرض ان يهبه شيئا آخر او ان يقرضه شيئا فانه عليه الدوام
تعلق له غرض ما لا في آخر لخوف ظالم او غرق او نحو ذلك بخلاف ما لو اشترط عليه ان يعيره
فانه منفعة غالبا اما لو شرط ان يقرض آخر ففيه وجهان اوجههما الجواز
الاول لا فرق بين عقد القرض ومعاطاته في تحريم اشتراط المنفعة وان قلنا بانه
اباحة التصرف لا مفيدة لملك العوض بلا بعده فهو كعقد القرض مبنا على عدم الملك فيه الا
بعد التصرف وان احتملنا في الكشف عدمه واصدق القرض على معاطاته عرفا والمعلوم به
عليه المعاطاة في القرض السالفة كما في هذه الاعصار فيكون منها وان ما دل على تحريم
النفع فيه من النصوص ولا طلاق حكمة المنع فيهما من حيث انه مشروعية القرض لكونه معروفا
وارفاقا بحال المقرض فينافيه اشتراط النفع وهذا المعنى محقق في كل من العقد والمعاطاة
الثاني لو اشترط المقرض النفع قبل العقد فان غفل عنه حين العقد او لم يعلم حال الحكم صح
العقد والغاء الشرط اذ لا عبرة بالشروط السابقة عليه واللاحقة اما لو كان مستحضرا
له حين العقد فاقصد به التمليك على هذا النحو الفاسد وعلى المستقرض بذلك فانه
يقوى الفساد لتقييد الاطلاق بالعقود تابعة للقصود ولا فرق في ذلك فاعرفه انما
محل الكلام وعمدة الكلام لان المحرم هنا هو العقد الدال على ارادة التمليك بالنفع
ولو اسقط المقرض الزائد عليه وقد يجري هذا الكلام في جميع الشرائط الالتزامية

وان كان صحيحاً فيلتزم بها فيكون منويها كالملفوظ لكن الاقوى عدم الالتزام بما كان صحيحاً
الا مع الشرط لعدم معلومية الالتزام شرعاً بدونه وانما الشروط المصححة للعقد او ابني عليها
قصد لو وقع على الوجه الفاسد شرعاً ولان المراد من العوض المشروط في القرض ما اتفقا عليه
من الزائد والعرف بما اتفقا عليه قصداً او بما اقتضاه ظاهر العقد مع قصدهما خلافه
فتدبر الثالث لو تبرع المقترض باعطاء الاكثر والاجود جاز للمقرض قبوله بلا خلاف بل
في التذكرة الاجماع المنصوص الناطقة بانه لا باس بذلك ما لم يشترط كصحيح الحلبي وصحيح
عبد الرحمن وموثق اسحق بن عمار وغيرها من الاخبار بل في جملة منها ما يدل على رجحان
اعطاء الزائد وعدم كراهة قبوله كالنصوص المتضمنة ان خير القرض ما جر نفعاً المنزلة عند
الاصحاب على غير صورة الشرط كالمروي عن النبي صلعم ان الرجل اقرض بكرا فرد بازلا وقال خير
الناس احسنهم قضاء والمروي في صحيح الحجاج عن الصادق عم ان لابيه عم كان يامره بدفع الدراهم
الجلال عوض الدراهم المغسولة وكان يقول يا بني هذا هو الفضل فاعطه اياها ونحو ذلك
من الاخبار وبه جزم الشارح الفاضل في المسالك لكن ورد في جملة منها ما يدل على رجحان
اخذ الزائد للقرض مطلقاً كقول العبد الصالح في موثق اسحق بن عمار وما احب له ان يقبل
في صحيح معوية بن عمار في صحيح ابن يعقوب كان انما يقرضه من اجل ان يصيب عليه فلا يصلح وحملها
على ما اذا كان ذلك من نيتهما او لم يشترطاه لكن قد يبا في خبر ابي الربيع النافي للباس
وان علم المستقرض والقارض انه انما يقرضه ليعطيه الاجود والاولى في الجمع بين النصوص حمل
نفي الباس على اصل الجواز وما افاد الرجحان على اعطاء المستقرض وان كره للمقرض القبول
او الاخذ كما هو مورد ادلة الجواز والمنع المؤيدة بالشواهد العقلية والنقلية من
كون القرض معروفاً فلا ينبغي ابتغاء شيء بما فيه وتشبيه الربا ولذا ورد استحباب ان
يحتسب بهدية المستقرض الي من الدين وورد ما يدل على تقييده قبول الصلة
من المقرض المستقرض بما اذا كان من عادته ان يصله قبل القرض وان كان هو للاعم حمل

على الاستحباب

على الاستحباب ايضاً الرابع لو دفع الكثير من الزائد وفاء فان كانت الزيادة حكمية كالجودة
والكثرة فالجميع وفاء من غير اشكال وان كانت عينية كاثني عشر عوض العشرة ففي كون المجموع
وفاء او ما عدا الزائد فتكون الزيادة هبة مستقلة وجهان ورجح في المسالك الثاني
ولعله اولى وعليه فللمستقرض الرجوع بالزيادة على بعض الوجوه ولا يقدح عدم تمييز
الهبة عن الوفاء فانه كالمنتقل اليه بعقدين حتى لو تلف شيء منه بعد الرجوع او قبله نزل
الثاني على الاشاعة وبنفل القول بكون المجموع وفاء حيث يكون دفعاً باسئلة الزيادة
على حوله في جميع المعاوضات والظاهر انه لا اشكال في عدم وجوب قبول الزائد قدراً وفي
وجوب قبول الزائد وصفاً كالاجود فيه وجهان اقواهما الوجوب مع احتمال العدم لما
في الزيادة من المنة خصوصاً لكون الزيادة وصفيتها المدفوع من افراد ما في الذمة وانكان
اجودها وتبعاً انضغط المستقرض الى دفعه لعدم تيسر غيره فيكون الامتناع من اخذه محض
سفه وعناد كما بيناه في السلف قوله فلا يفيد الملك اي يبطل القرض باشتراط النفع
فيه فلا يفيد ملكاً ولا جواز تصرف فيه كسائر العقود الفاسدة اي بلا خلاف في اجله
بطلانه بل في التحرير والمسالك الاجماع عليه لانه المفهوم من النبوي المتقدم ومن قولهم في صحيح
بن جعفر هذا الربا المحض لاقتضاء انه معاملة ربوية فاسدة وقولهم في صحيح بن قيس
من اقرض ورقاً فلا يشترط الا مثلها لظهوره في شرطية اشتراط المثل وما عدا الزيادة
من صحة وظهور ذلك من سائر النواهي المتعلقة باشتراط الزيادة فان المفهوم منها
ما نعية الشرط من صحة العقد المشروط فيه كما في نظائره من المعاملات والعبادات الا
مجرد تحريم الزيادة خاصة فارغاً عن الحائل من فضل المنع والبطلان على نفس اشتراط الزائد
مع غيابة حتى نصوصنا ما يفيده فساد القرض فيبقى مفاده على الخلاف السابق في بطلان
المشروط لفساد الشرط وعدمه غير متجه كما لا وجه لما يحكي عن ابن حمزة بفساد العقد
وان المقبوض به امانة لاقتضى نجاسة العقد الاصالة الصحة وقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن

العوض

بفاسده مؤلم حتى لو شرط الصحاح عوض المكسرة خلافاً لابي الصلاح ابي لا وفى في تحريمها

ومنها اشتراط الزيادة العينية والحكمية الوصفية فلو اشترط الدراهم الصحاح عوض المكسرة

فيه لم يصح وهذا هو المعروف بين الاصحاب حتى كاد يكون اجماعاً بل في المختلف على انه لو اقرضه

شيئاً حرم ما اخذه كان حراماً وبطل القرض وفي الصورة النزاع يعني اشتراط الزيادة الوصفية

منه وجه يحق هذا العام وخالف في ذلك الشيخ في بر وابن البراج وابن حمزة وابي الصلاح

فذهبوا الى جواز اشتراط عوض الغلة صحاحاً وزاد الاخير وعوض المصوغ من الذهب

شيئاً ومن الفضة وزناً وعوض نقد مخصوص من خالص الذهب والفضة والعين من نقد

غيره ويجامع منه النقدية الى كل زيادة وصفية لا الاقتصار على خصوص الصحاح عوض الغلة

ومال اليه المقدس الاردبيلي تمسكاً بالاصل واطلاق الادلة عموم خير القرض من ماجر نفعاً

وعدم ظهور تناول الربا لمثله وهو غريب لانقطاع الاصل وتقييد الاطلاقات والعمومات

بكل ما دل على تحريم اشتراط المنفعة في القرض من رواية او اجماع لشمولها لكل من زيادة

العينية والوصفية وبما ورد في صحيح بن مسلم من قوله عم من اقرض دراهم فلا يشترط الا مثلها

لظهوره في المنع عن غير المماثل مطلقاً ودعوى عدم ظهور تناول الربا لمثله ان اراد الربا

الممنوع منه في البيع فمسلم اذ لا عبرة بتساوي الاوصاف فيصح بيع الجيد بالردي والمكسورة

بالصحيح من غير اشكال اذ لا يعتبر في بيع الربويات اتحاد الجنس سوى المماثلة في المقدار والحلول

وان اراد الربا الممنوع منه في القرض فممنوع اذ لا يعتبر فيه تحققه دعوى سوى اشتراط المنفعة

وهو متحقق بالفرض نعم يمكن ان يدعى جواز ذلك في خصوص الدراهم واشتراط الصحاح

منها عوض المكسرة والغلة وجيئة بدل الغلة كما هو مورد فتيا الشيخ والجماعة لصحيح يعقوب

ابن شعيب عن الصادق عم في الرجل يقرض الدراهم الغلة فياخذ منه الدراهم الطازجية

بها نفسه قال لا باس وذكر ذلك عن علي عم لكنه لا دلالة فيه على الاشتراط بل قيل

انه ظاهر في عدمه الا انه لا اشكال فيه صريح ويحمل ونحو عموم معارضه بعموم ما دل على اشتراط النفع عدو بدله

مطلقا

مطلقاً ولو كان بينهما العموم من وجه الا ان الرجحان لعموم المنع لما عرفت من اعتضاده بالعواضد المتكثرة

قوله وانما يصح اقراض الكامل لا اختصاص بهذا الشرط بالعقد بل هو شرط في جميع المعاوضات

فيعتبر في كل من المقرض والمستقرض الكمال بالعقل والبلوغ والرشد والاختيار وجواز التصرف برفع

الحجر عنهما في التصرف المالي وما توهمه العبارة من اختصاص هذا الشرط بالقرض غير مراد لكونه

شرطاً في المتعاقدين معاً فيكون الاضافة الى الكامل من اضافة المصدر الى الفاعل والقابل قوله

وكلما يتساوى اجزاؤه في القيمة يثبت في الذمة مثله وما لا يتساوى اجزاؤه يثبت قيمته يوم القبض

يستفاد منه جواز اقراض كل مثلي وقيمي وان الثابت في المثلي مثله في الذمة والثابت في القيمي قيمته

فاما جواز اقراض المثلي فلا خلاف فيه بل في التذكرة والدروس الاجماع عليه وظاهرهم انه

لا يعتبر في صحته زائداً سوى العلم به بالمشاهدة وان كان تقديره ان كان من المقدرات لتعذر

الوفاء ابداً لو نوقش فيه قدراً ووصفاً واحتمال الجواز فيه مطلقاً لان القرض نوع من الط

ولذا وجب في عوضه مراعاة المثل والقيمة والجهالة مغتفرة فيها وامكان الوفاء متعسر باحتمال

واعتباره بعد العقد والقبض فلا يصلح للتعليل به لا اشتراط التقييد من قبل العقد بعينه حكمه

فان القرض عقد من عقود المعاوضات وان كان لم يشبه بالبيع ثابت ولذا لا يجب دفع العين

مع المطالبة بالوفاء والنهي عن الغرر متناول لجميع المعاوضات عدى ما استثني والجهالة

منافية لما شرعت له العقود من الخصومة وتنازع المتعاقدين والاعتماد في رفع ذلك

على الصلح اعتماد في تحقيق معاملة على تجديد معاملة اخرى ومنه يعلم انه لابد من اعتباره

بالكيل والوزن فلا عبرة بالمعتاد من الكيل والوزن فلا عبرة بالمكيال المجهول والصنجة المجهولة

كما صرح به وان امكن اعتبار العوض بهما عند المطالبة لغلبة التلف وعدم احراز ذلك

المجهول فلا يمكن الاعتماد في الوفاء عليه بل هو نظير ما مر في السلم من انه لا يجوز ان يسلم في ثوب

ويعتمد في وصفه على التشبيه بثوب معين واما اقراض القيمي فالمعروف جوازه بل لا خلاف

في الجواز في الجملة الا ما حكاه في التحرير عن قول الشيخ بالمنع منه مطلقا مع انه لم يحكم فيه الخ

ولانّ غيره ولعلّه اراد قول الشيخ بالمنع من كلّ ما لا ينضبط بالتوصيف وهو الذي لا يصحّ السلم فيه كالجلود
والجواهر والقسي واللحوم وهو ظاهر جماعة منهم ابن زهرة في الغنية وكلّما يجوز السلم فيه يجوز اقراضه والمحقق
في الشرائع حيث قال ما يصحّ اقراضه كلّما ينضبط وصفه وقدره فانه مقتضاه ان ما لا يجوز السلم فيه
وما لا ينضبط وصفه وقدره لا يجوز اقراضه لكن المحكي عن الحلّي وجماعة ولعلّه ظاهر الاكثر جواز
اقراضه العين مطلقا ويظهر من الدروس التوقف لنقل القولين من غير ترجيح وربّما كان ظاهره ان الواجب
ردّ المثل الصوري في اقراض القيمي للتفصيل بين ما له مثل صوري فيجوز اقراضه وما لا مثل له فلا
يجوز والاقوى عدم الفرق بين افراد القيمي في الجواز عملا بالاصل واطلاقات القرض وتحقق
المعلومية بالمشاهدة وان الثابت في الذمة هو القيمة فلا حاجة الى مراعاة انضباطه بالاوصاف
والحكم الحامل على السلم انما هو دفع الغرر حيث ان المسلم فيه غير مشاهد فاحتيج الى ضبطه بالتوصيف
لقيام الضبط بالاوصاف مقام المشاهدة واما المال المقترض فانه معلوم متميز متخصص بالمشاهدة
وقيمته ثابتة في الذمة حتى انه لا يعتبر العلم بها حين العقد كما صرح به في المسالك فاستناد ذلك
الى اطلاق كلام الاصحاب فلا احتياج الى توصيفه والى مراعاة كونه مما ينضبط بالاوصاف نعم يمكن
ان يكون للانضباط بالوصف مدخل في اقراض المثلي حيث ان اللازم ردّ المثل وصفا وقدرا فاذا
ومع تعذر انضباطه بها يتعذّر الوفاء وربّما كان القول باشتراط ذلك مبنيا في القيمي على وجوب
ردّ مثله الصوري والحق خلافه كما ستطلع عليه في استلزام ذلك لاعتبار كونه مما ينضبط وصفا
محلّ نظر ومنع واما ان الواجب المثلي وهو على ما فسره المصنف وجماعة ما تساوت اجزاؤه قيمة ومنفعة
وتقاربت صفاته هو ردّ المثل مما لا خلاف فيه نصّا وفتوى لكونه المفهوم من القرض الذي
هو نوع من الضمان بل لو شرط ردّ القيمة مع امكان المثل لم يخل من اشكال وان كان الاقرب الجواز
ولو تعذّر المثل وجب دفع القيمة مع المطالبة وفي اعتبار القيمة يوم القرض لعلم الشارع
بالتعذر حين الوفاء او يوم التعذر لسقوط الخطاب بالمثل او حين المطالبة لوجوب الدفع عليه
في تلك الحال او حين الدفع لعدم سقوط المثل عن الذمة وعدم تشخص القيمة الا به وجوه

وخصر

7

وفيه وجوه اقربها الاخير ولعلّ من اطلق اعتبارها حين المطالبة او الدفع لتقارب ما بينهما
غالبا ويظهر مما ذكرناه انه لو دفع المستقرض من القيمة من غير مطالبة المقرض او مع مطالبته
اياه لم يجب عليه قبولها بل له الصبر والتأخير الى حين التمكن من المثل سيّما لو كان له امر يتعلق بالمثل ويحتمل
وجوب القبول دفعا للضرر وشغل الذمّة وقد مرّ نظيره في السلف فليلحظ واما ان الواجب في اقراض
القيمي قيمته فهو المشهور من كلّ وجه لاختلاف افراده من الصفات فيعسر تعذّر المماثل فيها من
كلّ وجه فلا فرد جامع سوى القيمة واحتمل في التذكرة وجوب دفع المماثل صورة والبدل
المحقق في الشرائع لكونه اقرب الى الحقيقة المتعذرة ولما روي عن النبي صلعم انه قال امر بدفع
قصعة امرأة كسرت قصعة لامرأة اخرى وامر بضمان مثل اناء فصعته وطعامه بما كسر
وانه استقرض بكرا وردّ بازلا واستقرض بكرا وامر بردّ مثله وضعف الجميع ظاهر فان الاقرب
الى الحقيقة مع تفاوت الصفات واختلاف القيمة بها وبما اختلف فلا يعتبر بالموافقة بل القيمة
اقرب الى المطلب للعرف واولى واما النصوص الشاذة فيها فتعارض مع انها حكايات حال عارية
عن الاجمال فيمكن ان يكون ردّ ذلك للتراضي بين المتعاقدين واشتماله على مزيد الاحسان
كردّ البازل عوض البكر فلا يبعد ان ذلك هو اللازم في الردّ مطلقا ولو قلنا ان الواجب ردّ
المثل صورة فتعذّر فاللازم قيمته حين المطالبة والدفع والا فالقيمة يوم التسليم والقبض
ثمّ لو قيل بملك المقترض انما يملك القرض بالقبض فلا يملكه المقترض بمجرّد العقد اجماعا
ولا يتوقف ملكه بعد القبض على التصرف كما هو المعروف بين الاصحاب بل عن السرائر نفي الخلاف
عنه وفي التذكرة نسبته الى علمائنا مؤذنا بالاجماع المحكي عن بعضهم مصرّحا
وفيه الحجّة مضافا الى الاصالة عدم اشتراط العقد المقتضي للملك لحصول الملك بدونه من القبض
ودلالة النصوص المتضمنة لوجوب الزكاة على المقترض عليه كصحيح زرارة عن ابي جعفر عم في رجل
دفع الى رجل مالا قرضا على من زكوته على المقرض او المقترض قال بل زكاته ان كان موضوعا
عنده حولا في يده حولا على المقترض قلت فليس على المقرض زكاتها قال لا يزكّي المال من وجهين

في عام وليس على الدافع شيء لانه ليس في يده شيء انما المال في يد الآخذ فمن كان المال في يده كانت الزكوة عليه قلت ايجوز لي ان اعطي من مال غيره من مالي فقال انه ماله ما دام في يده وليس لاحد غيره ثم قال ان شاء زاده الله وضيعة ذلك المال وربحه له وهو ضامن له قلت فالمقرض قال فله الفضل وعليه النقصان وله ان ينكح ويلبس منه ويأكل منه ولا ينبغي له ان يزكيه فانه عليه جميعا وغير ذلك من الاخبار المؤيدة بما ورد في من استودع مالا فضاع فادعى المالك انه قرض وادعى الودعي انه وديعة فقال ان المال لازم له الا ان يقيم بينة بانه وديعة وبعضها ابهم ان اللازم من توقف الملك على التصرف هنا عدم الفرق بين عقد القرض ومعاطاته وان التصرف وعدم الملك ومن فرق عليه فلو توقف الملك على التصرف لدار وان اللازم منع العرض من التصرفات الموقوفة على سبق الملك والوطي ونحوها وان امكن المناقشة في هذه اللوازم اما عدم الفرق بين العقد والمعاطاة فيما سبق بان الفارق بينهما بان التصرف في المعاطاة ناقل وفي العقد كاشف عن سبق الملك كما ستعلم واما الدور فيمكن التصرف على الملك للاكتفاء في جوازه بالاذن من المالك لا يقال ان الاذن الحاصل في ضمن العقد مشروط لحصول مضمونه وهو التمليك فاذا لم يكن العقد مملكا فلا اذن ولذا لم يجز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لان هذا يتجه حيث يكون العقد مملكا بنفسه فاذا لم يكن بعد الملك التمليك لفساده فلا اذن في التصرف لانتفاء المقيد بانتفاء قيده اما لو كان التمليك به موقوفا على التصرف كما هو الفرض فان العقد والقبض جزء سبب تام على هذا التقدير فلا يعقل اشتراط الاذن الضمني لحصول التمليك به بل يستفاد الاذن بالتصرف فيه وتملكه من ايجابه وقبضه للتمليك المعلوم من المنافاة عدم حصوله بدون التصرف كما لا يخفى واما اللزوم المنع من التصرفات المتوقفة على الملك ففيه انه لو تم لكان دليل القول بالتوقف على التصرف لامكن الجمع من اللوازم بعدم الملك وسيجيء على التصرفات المذكورة على نحو ما سلف في معاطاة البيع لكن الادلة على عدمه وحصول الملك بالعقد والقبض من الاصل والاجماع والاخبار والاعتبار ظاهرة لا التباس فيها فما عن بعضهم من القول بعدم الملك الا بعد التصرف مما لا يشتبه ظهوره

في منعقد

في منعقد لشذوذه وعدم معروفية قائله وان نسب في التنقيح الى الشيخ فان المحكي في شرح عن الشيخ خلاف ما حكاه في التذكرة عن احد قولي الشافعي من ان التصرف يكون كاشفا عن ثبوت الملك قبله قال في التذكرة وهذا ما يدل على ان الملك لم يحصل بالتصرف بل بسبب آخر قبله وصرح في الدروس ايضا بان معنى الملك بالتصرف كشفه عن سبق الملك لكنه لا يلائم ما يملك هذا القول من ان القرض ليس عقدا محققا ولذا اعتبر فيه ما يعتبر فيه الصرف بل هو ابا حة لاتلاف مال مضمون فانه مقتضاه خروج القرض عن العقود والحاقه بالمعاطاة والاباحات المشروط فيها العوض والقول به متجه على هذا التقدير لكنه خلاف التحقيق لما سبق من انه عقد من العقود وان دخله المعاطاة ايضا فان اريد توقف الملك على التصرف في معاطاته فسلم لكنه ناقل لا كاشف وان اريد ذلك في عقده فتعليله بما ذكره غير متجه ودعوى كشفه عن سبق الملك غير مسموعة سواء اريد كشفه عن تحقق ثبوت الملك بالعقد والقبض كما هو ظاهره او عن دخوله في ملكه قبل التصرف بزمان يسير لكونه تحكما من غير دليل ويتفرع عليه على القولين انه على القول بالتصرف للمقرض قبله الرجوع بالعين وعليه نفقتها ولا يحكم بعتقها لو كانت ممن ينعتق على المقرض الا بالتصرف ولا يحل وطؤها لانتفاء الملك والعقد ويحتمل الاباحة كما في المعاطاة والمقرض مما لها حتى يتصرف انه لم يكن التصرف كاشفا عن ثبوت الملك بالعقد والا فهو للمقترض على القولين والمراد التصرف على ما يستفاد من تعليل القول به التلف وما يحكمه كالناقل عن الملك واحتمل في التذكرة وجوها ثلاثة كل تصرف يزيل الملك وكل تصرف يتوقف على الملك وكل تصرف يتعلق بالعين واستظهر الاول واحتمال الاكتفاء بكل تصرف بعيد الا القبض باليد وعلى القول بالاكتفاء بما مر في معاطاة البيع من التصرف الموجب لترتب ضرر المالك لو رد عليه العين فلو رد مثله فلو رد مثله وانه كره المقرض اي المقرض رد المثل ولا يلتفت الى اجابة المقرض لو طلب العين حيث المقرض سواء قلنا بدخوله في ملكه بالقبض او بالتصرف وهذا هو المشهور بين الاصحاب خلافا للمحكي عن الشيخ في ف فاوجب رد العين وطلب عوضها فانه اراد الوجوب قبل دخولها في ملك المقترض كما لو قبضها وقلنا بتوقف ملكه على التصرف فلا اشكال والا فالاقوى الاول عملا بالاصالة وعدم خروج الملك عن صاحبه الا برضاه واستصحابا لبقاء الملك الان بقبالة المحيل ولا مزيل سوى ما علل به قول

الشيخ من ان القرض عقد لازم بل يدل على الهبة والاجماع على انه من العقود الجائزة من شانها الفسخ والرجوع
بالعين المنتقلة على المالك وان المثل والقيمة انما وجبا بدلا من العين لتعذرها غالبا بخروجها عن
يد المقترض وانه اذا استحق المطالبة بالمثل او القيمة فبالعين بطريق اولى وضعف الجميع ظاهر عدا ما ادعى
من الاجماع مع ان العقد جائز فانه مما تفحص بعبارات لا يتم ويؤكده ما لوحظ من المسامحة في صيغته وما
ذكروه من عدم الالتزام بما التزم به المقترض نفسه من الشرائط وجعلها بمنزلة الوعد الا ان دعوى
الاجماع على جوازه بالمعنى المذكور مع بصير من عد الشيخ الخلاف من القول بعدم لزوم رد العين
مع المطالبة مما لا يجتمعان وتنزيل فتاوي المشهور على صورة اختيار عدم الفسخ يوجب عدم نقل الخلاف
خلاف الشيخ على هذا التقدير او حمله على ما اذا فسخ المقرض ضعيف النزاع لفظيا مع انه لا فائدة في
حمل ما ذكره من التنزيل حيث امكن الفسخ الذي لا يبعد تحققه ايضا بمجرد المطالبة فلا مناص من الجمع بين
الحكمين باحد امور احدها ان القرض لازم من جانب المقرض جائز من جانب المقترض كما صرح به
في التحرير فيكون اطلاق الجواز عليه تغليبا لكنه لا يلائم ما اشتهر بينهم من المسامحة في الصيغ والشروط
كما لا يلائم ما سمعته في دعوى الجواز من جانب المقترض بمعناه المعروف ثانيها ان المراد من جوازه
ان للمالك ما صح المعضل المهم من القرض وهو انتفاع المقترض حتى يقضي وطرا من العين فان القرض
مبني على ذلك عرفا كما علم من مشروعيته في ... ولذا ذهب بعض المخالفين الى وجوب ذلك وح
فيكون غرض الاصحاب من حكمهم بجواز عقد القرض الرد على ما توهمه المخالف والتنبيه للمطالبة
في الحال وهو يرى مع بعده في نفسه يقتضي تنزيل الاجماع والفتاوي على افادة جوازه ... حكم
عرفي تضمنته المسامحة من النقايا وهو ليس من الوظائف الفقهية ثالثها ما اشار اليه الفاضل
الشارح في المسالك من ان معنى جوازه تسلط المقرض على اخذ البدل متى شاء ومراده ان عقد القرض
يقتضي تعلق تمليك العين المقترضة الا انه ليس على جهة المعاوضة كالبيع ونحوه بل هو تبرع على
جهة الضمان كالمعاطاة والاباحة بالعوض فحق المقرض بالقرض يتحصل بسببه عقد القرض
من ضمان المثل او القيمة واما العين فهي ملك للمقترض والاصل في الملك اللزوم وح فانه يثبت
على القرض ومما يتسبب عنه من اشتغال الذمة من غير مطالبة وللمقرض المطالبة به وقبضه وهذا

معنى جوازه

معنى جوازه وهو وان كان لا يخلو من مسامحة في اطلاق الجواز الا انه اقرب مما تقدم من الوجوه ولابانه
المسامحة في عقده ولو صرنا بالنقل الى ملك العين لكون التمليك به كالتبرع والهبة وان لم يكن محضا منهما
في صيغ عقده وشروطه التي يلتزمها المقرض على نفسه ... فانها لا تلزمه لعدم ...
والهبة على مثلها ولا تندرج في عوض ولا معوض فهي بمنزلة الوعد ويستفاد من هذا التوجيه لزوم العقد
بالنقل الى ملك المقترض للعين ايضا مثلية كانت او قيمية فليس له فسخ العقد وردها الا باحد اللزوم
الا انه لو رد المثلية من غير فسخ وجب على المقرض القبول لكونها من افراد المثل المملوك للمقترض وهو
مخير بها في الوفاء بما شاء ولذا جزم الاصحاب هنا بقبول المثلية لو ردها المقترض مع زادت
قيمتها او نقصت اما القيمية ففي التذكرة والقواعد التردد في صحة قبولها من حيث ان الواجب في
الذمة بعقد القرض هو القيمة فلا يلزم بل يلتزم بقبول العين ومن ان القيمة انما هو لتعذر العين غالبا
وقد وجدت وان المبدل اولى من البدل في وجوب القبول وانه مشروع غير القيمة للارفاق بحال المستقرض
فاذا بذل العين وجب قبولها وضعف هذا الاستظهار فلذا جزم بعض المتاخرين بالالزوم وعدم
وجوب القبول لكن في الدروس ان الاصح وجوب القبول وان الشيخ نقل الاجماع عليه قلت وهو ظاهر
موضع من التذكرة فانه قال ولو رد المستقرض العين التي اقترضها وجب على المقرض القبول
لا محالة ولعله اراد المثلية جمعا بينه وبين ما حكيناه عنه في القيمية ولعل الاجماع الشيخ
منزل على ذلك او على ان الواجب في القيمي المثل وانما ينتقل الى القيمة للتعذر فان القيمي على هذا
التقدير كالمثلي في وجوب القبول لكن الاصح في ان الواجب في القيمي ابتداء انما هو القيمة وعليه
فالمتجه عدم وجوب قبول العين مطلقا الا انه ثبت ما ادعي من الاجماع على وجوب القبول وان برهانا
واما التعاليل المشار اليها فعليلة وما اشار اليه احتمله في شرحي من وجوب قبولها انه لم ينقص
قيمتها فبعيد ايضا الا ان يكون نقصا ناشئا عن العيب في العين او النقص يترتب به ضرر على المقرض فانه
لا يلزم بالقبول حينئذ ولا يلزم اشتراط الاجل فيه وقد جزم الاصحاب بان اشتراط سقوط الاجل
وعدم التزام المقرض به بل نقل جماعة من العبارات انه من الاجماعيات معللين ذلك بكون القرض

من العقود الجائزة التي لا يلزم فيها الشرط الا بل يكون بمنزلة الوعد لكن الفاضل الشارح في المسالك
احتمل اللزوم بناء على ما عرفت من انه عقد لازم بالنظر الى البائع العين لا يتعلق به الفسخ ومن يتشبث
جائز في المجاز اما باعتبار استحقاقه الرجوع بالعوض ورده في جميع الاوقات باعتبار فسخ التاخير
والامهال الذي هو العقد عليه عرفا فان جواز العقد بهذا المعنى لا يكون مقتضيا لعدم لزوم الاشتراط
ولا ينافي لزومه الاجواز العقد بمعناه المعروف وهو التمكن من فسخ اصل العقد فالذا اجزم جمع من
متاخري المتاخرين كالمحدث الكاشاني ونحوه بلزوم اشتراط الاجل هنا عملا بعموم الوفاء بالعقود
والشروط مع تاييده بما دل على مشروعية التاجيل في القرض من كتاب وسنة كقوله تعالى اذا تداينتم
بدين الى اجل فاكتبوه والمروي عن ثواب الاعمال من اقرض قرضا وضرب له اجلا ولم يوف به عند الاجل
كان له من الثواب صدقة دينار واحد في كل يوم يتاخر ونحوه المروي عن العقد الضوئية والمقنع
في رجل اقرض رجلا دراهم الى اجل مسمى ثم مات المستقرض احل مال القارض بعد موت المستقرض
منه ام لورثته من الاجل ما للمستقرض في حياته فقال اذا مات فقد حل القرض لكن الاوجه
عليه الاصحاب من عدم لزوم هذا الشرط كغيره من الشرائط التي ذكرها المقترض في القرض وان كان عقد
القرض لازما بالمعنى المذكور والا انه عند التحقيق ليس من المعاوضات بل من الارفاق المقصود فلا
يدخل الشرط في عوض ولا معوض بل يكون اشتراطه على نفسه تبرعا احضه كاصل القرض فكما
لا يلزم الا قوله فكذا الاشتراط فلو اشترط التاجيل كان تطوعا من جهته ووعدا فلا يلزم
الوفاء به وكذا الحال في غير التاجيل في سائر الشروط التي يلتزم بها المقرض كما لو شرط على
نفسه في القرض ان يبيعه شيئا او يقرضه شيئا اخر فان شاء فعل وان لم يشأ شاء لم يفعل
فالاقرب الاصل بواقعة من المقرض من وجوب الوفاء بما شرط لكونه محسنا ولا مقابل احسانه
بالعقد وما على المحسنين من سبيل لانه لا دليل يعتد به على الالتزام في المقام سوى عموم الوفاء
بالشرط واما الاية والنصوص المشار اليها ما عدا المقنع فمدلولها الادبي وهو جواز القرض والامتناع
من تاجيله وبعد تسليم شموله للقرض فغايتها افادة المشروعية وجواز التاجيل وهو مما لا نزاع

فيه وانما
الكلام في التزام مع في المقسم استعارة بالانواع لكثرة الاضمار وامكان حمله عليها او الكلام اشتراط
التاجيل في ضمن عقد لازم غير صالح للاعتماد عليه في محل لعدم الاصل كما لا يصح الاعتداد
الا على عموم الوفاء بالشرط من حيث صار شرطا لعموم ما دل على حصول الحق في القرض وجواز المطالبة
متى شاء وان كان التعارض بين العمومين من وجه الا الرجحان للثاني لاعتضاده بالشهرة التي منها
وظاهر الاجماع بل يظهر من التذكرة انه لا مخالف في ذلك الا مالك ومع فرض التكافؤ وانتفاء
المرجح فالمتعين الرجوع الى الاصل ايضا من حيث ان العمل بالوفاء بالشرط مشروط باخذها في
متن عقد لازم والقرض كما عرفت ليس على حد العقود اللازمة الساحرة في صيغة وتمكن
المستقرض من رد العين على صاحبها حتى صرح في التحرير وغيره بكونه جائزا من قبل المستقرض
وطبقت العبارات بكونه عقدا جائزا وان اولنا بما عرفت وح فلا يعلم انه من العقود اللازمة
التي هي شرط في وجوب العمل بالشروط المنضمة اليها والشك في تحقق الشرط شك في المشروط فلا
مناص عن الرجوع في مثله الى الاصل ويؤيد ذلك ما دل من النصوص على استحباب القرض ابتداء
واستدامة فانه مشاول بعمومه لما اشتمل منه على التاجيل وامر التاجيل والامهال من مقتضيات
عقد القرض عرفا فان كان العقد مع اقتضائه ذلك غير ملزم للتاجيل كان عدم الالتزام
مع الشرط بطريق اولى كذا قيل وفيه نظر هذا اذا لم يكن التاجيل في القرض مشروطا بعقد
لازم من بيع ونحوه والا فالمتجه لزومه لعموم الوفاء بالشروط من غير معارض وان استشكل
المحقق بناء منه على ان فائدة الشرط منحصرة بامكان الفسخ وانعقاد العقد اللازم جائزا عند
محا لفة الشرط الدفعي وانه لا يجب الوفاء ولا يلزم وقد سلف الكلام وذكرنا ان الحق ترتب الفائدة
عليه قوله ويجب نية القضاء وعزل له عند وفاته والايصاء به لو كان صاحبه غائبا انما
انما وجوبه نية القضاء فضاء الدين والعزم على ادائه مطلقا في ابتداء القرض واستدامته عند
الوفاة وقبلها فلا ورد كان على الوفاة اي الاداء او عاجزا حاضرا صاحبه او غائبا فما لا
اشكال فيه ولا خلاف لكونه من احكام الايمان وان لم نقل بدليل العزم على الفعل في الواجب

الموسع والاتفاق عليه هنا ظاهر وورود ما ينفيا ومنه الوجوب فيه بالخصوص كالنصوص الواردة
في ان من استدان دينا فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق وقولهم ع في صحيح زرارة لا جناح
عليه بعد ان يعلم الله منه نية الاداء وقولهم ع في الخبر فان غصرت تعقد عن الاداء فصرت معه منه
بقدر ما فضوص منه وقولهم ع احب الرجل عليه دين ينوي قضاءه لا شعاره بعدم محبة من
لا ينوي وبعضهم بل لا يبعد ان عدم نية الاداء في مبدأ القرض مفسد له كما يستفاد من روايات
الرزق لا سيما معتبر ابي خديجة عن الصادق ع قال ايما رجل اتى رجلا فاستقرض منه مالا وقد
في نيته ان لا يؤديه فذلك اللص العادي وان لم يتعرض الاصحاب لذلك بالخصوص اعتمادا على
معلومية ان العقود تابعة للنيات والقصود وان الحق الملك في القرض بالخصوص هو القبض
المأذون فيه من المالك على وجه القرض والالتزام برد العوض فاذا لم يكن من نية المقترض ذلك
حين قبضه كان قبضا غير مأذون فيه من المالك فيكون غاصبا عاديا وصحيح الكلام في كل منتقل
عن مالكه بعوض في الذمة من بيع او غيره فانه لو اشتراه غير قاصد للشراء فيكون الالتزام بعوضه
في الذمة بل قصد الاحتيال في اخذ المبيع وتناوله من مالكه ما لم يكن له التصرف في المبيع بل
يكون غاصبا في نفس الامر وان ترتب عليه حكم البيع ظاهرا وكذا الحال في الامانات فان من كان
بيده ذكوة او صدقة فان قصد التعدي واستحلاله لما بيده كان غاصبا والا فاسعب كما يتفسر
خبر عبد الرحمن العقاد عن الصادق ع في رجل مات وعليه دين قال ان كان اتى على يده من غير فساد
لم يؤاخذه الله اذا علم من نيته الاداء الا من كان لا يريد الاداء ان يؤدي اما منه فهو بمنزلة
السارق وكذا الزكوة ايضا وكذا من استحل ان يذهب بمهور النساء وعلى هذا فالنصوص المشار
اليها منزلة على فساد القرض من اصله لعدم حصوله فان نية عدم الاداء انما تكون لعدم القصد
فلو فرض حصوله فلا يمنع من صحته انضمام نية عدم الاداء اذ ليست نية الاداء شرطا في صحة القرض
واما لم يعده احد في جملة شروطه واحتمال تنزيل النصوص المذكورة في ارادة الكبائر في الاثم
وان صح القرض ليس من المحل على ما ذكرناه كما لا يخفى واما وجوبه عزله ان كان صاحبه غائبا
غيبة

غيبة منقطعة عند وفاة المديون فهو المشهور بل لم يحك عن الشيخ عند عدم اعتبار حضور
الوارث في وجوبه وانكره في السرائر قائلا بانه غير واجب بلا خلاف بين المسلمين فضلا عن
طائفتنا واعتذر في المختلف عن الشيخ بحمل اطلاقه على من حضرته الوفاة او بحمل العزل على استيفاء
شيء من ماله بقدر الدين لا ينصرف فيه بقصد قدر وعزلها والحمل الثاني بعيد لفظا وان حكما
واما الاول فظاهره انه مسلم عند الجميع وفي جامع المقاصد ظاهرهم انه اجماعي فان تم الاجماع
عليه اتجه الحكم والا فلا دليل عليه من النصوص وما علم به من الاخبار من ان العزل الاوثق
والاقرب الحق وابعد من تصرف الورثة فيه ومما يلزم به بالوفاء عن صالح لنا شيء هذا الحكم
نعم في الوجيز عن هشام بن سالم ان خطاب الاعور سأل ابا ابراهيم ع عن اجير استعمله ويبقى له
من اجره شيء ولا يعرف له وارثا انه يطلبه فان قدر عليه والا فهو كغيل ماله حتى يجيء له طالب
فان حدث به حدث اوصى به اشعار بعز له ربناء على ان ما بقي من الاجرة شيء في الذمة عند
حضور الوفاة كما هو المدعى بل لعله المدعى صريح في كونه كغيل ماله انما هو عند غيبته وتعطل
خبره مطلقا كما هو فتوى الشيخ وقد عرفت انه لا اصل يقول على اطلاقه وان الحكم بالوصية وجعله
كغيل ماله بعض يقتضي تغييره لكنه في حيز المنع لجواز كون الاجرة معينة ولعدم دلالة ما ذكر من
الحكمين على تعيينه ايضا ولو سلم فلا دلالة فيه على العزل وفي سقوط الضمان بالعزل بناء على لزومه
من غير تفريط وجهان بالنظر الى ظهور العزل في التعيين والحق في المعزول والاستصحاب الشغل
لاحتمال التعبد بوجوب العزل ولعل الاظهر لسقوط وجوب الايصاء به عند الوفاة فالظاهر
انه محل الاخلاف فيه كما عن الصيمري بنفيه عنه لتضمن بعض النصوص الامر بالايصاء به والاحتياط
الفاضل بوجوب الوصية بما له وما عليه والظاهر عدم الفرق في وجوبها بين عزله وعدمه وقد
ابدل في الدروس الوصية بالاشهاد ولعله لا يغني عن الوصية فان المقصود منها الايصال لا مجرد
الاعلام ولذا اعتبر جماعة منهم الفاضل الشارح وثاقة الوصي في المقام وان جاز الايصاء
الى غير الثقة في غيره قوله وان جهله ويئس منه تصدق به عنه الظاهر ان المراد من جهل المديون بصاحب

الدين في العبارة ومنا مثالها كعبارة المحقق في الشرايع والنافع والعلامة في التذكرة والقواعد على
عدم معرفة موضعه وحيوته وموته لغيبة المنقطعة فاذا ايس من رجوعه والظفر به كان في صرفه
التصدق به في ذمته كما هو المنسوب الى المشهور ولعل المشهور على الجواز في الجملة لا على الوجوب كما
يظهر من العبارة ونظائرها ومع ذلك فلا دليل يعتد به على التصدق بذلك سوى ما يتخيل من مساواته
لمجهول المالك لاشتراكهما في عدم التمكن ايصاله الى صاحبه وما ارسله في السرائر حيث قال وروي
انه اذا لم يظفر له بوارث تصدق به عنه وفي الفقيه وانه بعد ان روى صحيح معوية عن الصادق ع في رجل
كان له على رجل حق ففقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري احي هو ام ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسبا ولا ولدا
قال اطلب قال ان ذلك قد طال افتصدق به قال اطلب قال وقد روي في خبر هذا خبر آخر
ان لم تجد له وارثا وعلم الله منك الجهد فتصدق به وهو كما ترى فان مساواته لمجهول المالك
في المعنى المذكور لا يقتضي دخوله في موضوعه اذ المراد في الثاني ان صاحب الدين معروف في نفسه ولا
الحاق بحكمه فانه من القياس المحض واما الاخبار والمرسلة فهي مع ضعفها بالارسال ومعارضتها
بالصحاح نحو ما سمعته من صحيح معوية وغيره مما هو ظاهر وصحيح صريح في عدم الاذن بالصدقة
لا دلالة فيها الا على الصدقة به بعد جهل الوارث المستلزم ظاهرا لكون الصدقة بعد العلم بموته
وجهل الوارث وهو خارج من موارد الصدقة من غير اشكال لدخوله بذلك في مجهول المالك وهو خارج
عن محل البحث ومنه يعرف ان ما يحكى عن الشيخ في بعض كتبه من الحكم بالصدقة في مورد جهالته
وانه جار على القواعد الشرعية مؤيد بالمراسيل المذكورة غير معارض بالصحاح المشار اليها ايضا
لورودها في صورة بقاء صاحب الدين وعدم العلم بموته واللازم في مثله استيفاؤه امانة ولا [illegible]
بعد العلم بالموت او دفعه الى الحاكم لانه ولي الغائب واما الصدقة به بعد ثانيه وجوبا لانها ليس اليه
لا جوازه مع [illegible] الدين ونصبه لصاحبه اذ هو تصرف في مال الغير بغير اذنه ودعوى ان الصدقة
به مع ضمان المال لو لم يرض بالصدقة احسان محض غير مسموعة اذ لا يعارض بهذا الاعتبار
وجه التصرف في مال الغير بغير اذنه فلذا تردد الفاضلان فيه وجزم الحلي بعدمها واوجب دفعه الى الحاكم

الا انه مخفي

ذلك
الا انه في محل البحث في صورة ما حكيناه من الشيخ في [illegible] من فرض الموت وجهالة الوارث وقد اشرنا الا انه
موجب لتحتم الصدقة الا ان يدعى خروج هذا الفرد من مجهول المالك عن حكم سائر الافراد نظرا الى
معروفية صاحب الدين في نفسه او الامر بتحقق الجهالة فيه من كل وجه كما في غيره او يتمسك في خروجه
بما اشرنا اليه من الصحاح الظاهرة في عدم الاذن بالصدقة حيث ان الملاك الامر بالطلب فيها ولو
لصدق العلم بالموت والعلم فالاحتياط في مثله ابقاؤه مع [illegible] العزل والايصال بثبوت الصدقة به ودفعه
اذا عدم علمه فلا مانع من الشرع بالصدقة بمال المديون عن صاحب الدين فانه رضي بذلك كان
اسقاطا وابراء منه والله العالم باحكامه مسئلة ولا يصح قسمة الدين المشترك بل الحاصل منه لهما
والتالف بينهما والمراد من الدين المشترك ما تعلق لاثنين في ذمة او في ذمم بسبب متحد كبيع المتاع
بينهما صفقة بثمن واحد [illegible] او استحقا في عوض بالاتلاف فلو انتقل الدين اليهما
ارثا او شراء ولو ومنافي الدين المشترك لعله اجماعي بل عن الشيخ وابن البراج دعوى الاجماع عليه
صريحا للاصل بعد الشك في شمول ادلة القسمة لمثله والنصوص المعتبرة كصحيح سليمان بن خالد
عن الصادق ع في رجلين كان لهما مال في ايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية ما كان
بايديهما وما كان غائبا عنهما فهلك نصيب احدهما مما كان غائبا عنهما واستوفى
الآخر عليه ان يرد على صاحبه قال ما يذهب بماله وموثق عبد الله بن سنان عنه ع في
رجلين كان بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما
من الدين او بعضه وخرج الذي للآخر ايرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله والمرسل
عن ابي حمزة قال سئل ابو جعفر ع عن رجلين بينهما مال بايديهما ومنه غائب عنهما فا
فاقتسما الذي بايديهما واحتال كل نصيبه من الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الآخر قال
ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله ونحوه موثق ابن مسلم وموثق بن عمار وخبر
غياث عن جعفر عن علي عليهم السلام الا انه قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما وما يذهب
بينهما ونحوه الرضوي الاخبار الواضحة الدلالة على بطلان القسمة لا باتة خلافا مطلقا [illegible]

من اختصاص القابض بما قبض وانتفاء الاذن يدل على انتفاء اللزوم وما ورد من جواز الصلح كما في
خبر علي بن جعفر فهو دال على اثبات اصل الجواز وانه لم يكن لازما قاطعا عن الاردبيلي من الميل او القول
بصحتها استضعافا لما دل على بطلانها من النص لدعوى اختصاصه والدليل بخبر غياث غريب لدعواه
موافقة الحلي على صحة القسمة لحكمه فيما سيأتي في باب الشركة بعد باختصاص الشريك بعض ما
قبض بعد رضاه خلافا لما دل على المشهور من عدم لزوم الاختصاص بل يتخير الشريك الآخر
بين الرجوع عليه ومقاسمته فيما قبض وبين الرجوع على الغريم فيختص القابض بما قبض وهو بحث
في مقام آخر لا يتفرع على القسمة بل هو متفرع على القسمة وبه ومما واذا كان لو تحققت القسمة
وقلنا بصحتها لتعين ما حكم به في السرائر من الاختصاص الا انه لم يبين ذلك على القسمة وصحتها
وانما علله بتعدد الحق وعدم حصول الشركة فيما ذكر ومقتضاه لانه لا محل للقسمة فيه ولذا
لم يشر احد الى الخلاف هنا وانما ذكروه في باب الشركة مع ان المحكي من عبارته ظاهر في عدم صحة
قسمة الدين حيث انه لما احتج للاصحاب بخبر من خبار ما سمعته ردهما بالضعف وعدم العمل باخبار
الاحاد قال ولو سلم الخبران فنسلم جدلا لكان لهما على وجه صحيح مستمر على اصول المذهب
والاعتبار هو ان المال الذي هو الدين كان على رجلين فاخذ احد الشريكين وتقاضى جميع
ما على احد الغريمين فالواجب عليه هنا ان يقاسم شريكه على نصف ما اخذ منه لانه اخذ
ما يستحقه عليه وما يستحقه شريكه ايضا الآخر ما ذكر وهو كالصريح في بطلان المقاسمة
على ما في الدين حيث ان الخبرين تضمنا القسمة وعدم الاختصاص وقد نزلهما على ما ذكر وهو فرض
بطلان القسمة لو جعل سهم احد الشريكين مختصا بما على احد الغريمين وسهم الآخر بما على
الآخر اذ لو صحت قسمة الدين لم يجز الرجوع على القابض بما قبض فلذا حملها على عليه
الخبرين في السرائر لعل ظاهر جميع ما سمعته من الاخبار لتضمنها انقسام الدين كالعين
والحوالة عليه كما في بعضها وهو يقتضي تعدد الذمم واختصاص كل من الشريكين بما في ذمة
غريم بسبب القسمة اذ لا تحقق لماهية القسمة مع وحدة الذمة فان القسمة تمييز الحق او

حق او غلبك

حق او غلبك حصته بحصته ولا يتصور ذلك فيما هو متعلق الذمة بذمته واحدة من الدين المشترك او تمييز
منه ولا اقرار ولا تمليك واما تنصيفه بينهما فثابت بدون القسمة فالظاهر ان مفاد النصوص المذكورة
ما ذكروه من بطلان القسمة المحقق مفهومها ولا مانع من صحتها بعد كون المحل المقسوم دينا او منه
يظهر ضعف ولا ان النصوص المذكورة على ما حكم به الشيخ والاكثر في المسئلة الآتية في باب الشركة
من عدم اختصاص القابض بما قبض من حصته حيث ان مفادها على هذا التقدير انما اذا كان المقبوض
زائدا على حصته هو في ذمة احد الغريمين ولا رجوع الشريك عليه في ذلك واما الكلام فيما اذا كان مقبوضا
بقدر حصته ولا دلالة في النصوص على من الحصة الشريك له الا ان يدعى عمومها لذلك ولو بواسطة ترك
الاستفصال وهو بعد محل نظر ولذا احتج جمع من المحققين كالعلامة في لف والمحقق الثاني
والفاضل الشارح لمقالة الحلي من اختصاص القابض بما قبض ان كان بقدر حصته فظاهر الا
ان لا شركة ولا اشاعة في نفس الدين والحق لكل منهما ثابت في ذمته ولذا يصح لكل منهما بيعه والصلح
عليه وابرائه وضمان العزل له فلا يمتنع فيختص بنصيبه الدافع والمدفوع اليه لكن الشيخ والاكثر حرموا
بان الدين مشترك والدفع من المال المشترك فلا يختص به القابض فان كان للنص فهو وما عداه او
كان لمقتضى القاعدة فاثبات الاشتراك في الدين على وجه لا يمكن تسليم كل ذي حصة حقه الا
باجتماع الشركاء وتوكيل بعضهم بعضا في القبض محل اشكال ومع ذلك فالاقوى من ثبوت الشركة
هنا فساد قبض القابض لنفسه لا سيما اذا كان بدون الاذن من شريكه وبقاء المقبوض ملكا للدافع
وان لكل من الشريكين الرجوع عليه لبقاء الدين في ذمته وان كان المقبوض في ضمان القابض لعموم
على اليد لا الحكم بصحة القبض وتخيير الشريك في الرجوع على كل من القابض والدافع وكان الحكم
فيما ذكروه ان القبض لما كان ضرب الجملة انما بالاذن الحاصل ابتداء في القسمة الفاسدة لكان
تميز حصة بينهما او بعدها او بعد القبض كما لو اختار الرجوع على الشريك او الغريم فاجيز
منه بقبض القابض فلا مانع من صحته سوى تعلق حق الشريك فاذا وقع اجازته واسقاط حقه
منه اختص القابض بما قبض لوجود السبب وانتفاء المانع وان اختار الرجوع على الشريك فكذلك

حيث ان المقبوض من الدين المشترك صالح لهما ولا يتعين ملكاً للقابض بمجرد قبضه وبيته الا مع
ولو وضعت الملكية فهي متزلزلة لتعلق حق الشريك به فله فسخ ملكيته ما زاد على قدر نصيب
القابض من المقبوض واحلاه اول بيوعيه حق للدافع اصلاً كما يأتي توضيحه بعون الله في محله
والغرض هنا بيان عدم اختصاص الشريكين بما يقبضه من حيث القسمة لفسادها ولو اراد أحدهما
الاحتيال في الاختصاص امكن ان يبيع حصته على المديون بعوض حالاً او يصالح الشريك او يبيعه
الحصة بعوض او يقيمها عند رضا من او بعد قبض كل من الشريكين حصته صاحبه عن المديونين قيمتها
فيستوفي كل منهما نصيبه من غير شركة او يصطلحا على ما في الذمم بان يصالح احدهما بحقه في ذمة
احد المديونين بما يستحقه الشريك في ذمة الآخر بناءً على ان الصلح عقد مستقل كما هو المشهور
ولو قلنا بفرعيته على البيع بطل لكونه من بيع الدين بالدين او يحيل كل منهما على غريمه بما يستحقه
بناءً على جواز الحوالة لكنه خلاف التحقيق وفي خبر ابي حمزة المتقدم ما يدل على فسادها
ولو كان لاحدهما على الآخر دين سابق فاحال كل منهما على صاحبه صح من غير اشكال ولو
ويصح بيعه بمال لا بمؤجل لا خلاف في صحة بيع الدين الا من الحلي في بيعه على غير من هو
عليه فان الحكي عنه المنع منه مدعياً عليه الاجماع معللاً بانه ليس عيناً مشاهدة ولا منحصر
موصوفة لاختصاص الخبر بالسلم وليس منه و[illegible] الاولين ظاهر وضعف الثالث من الكلي
الموصوف وتمنع اختصاصه بالسلم مع انه لا دليل على اختصاص البيع بما ذكره من الافراد ولو تم ذلك
نقض ببطلان بيعه على من هو عليه ايضاً اذ المقتضي للمنع على ما ذكره عدم صلاحيته للمبيع في نفسه
لا من حيث عدم التمكن من قبضه وعدم القدرة على تسليمه حتى يتم ان ما في الذمة مقبوض لمن هو عليه
ولا فرق في صحة بيعه بين كونه حالاً او مؤجلاً قبل حلول اجله او بعده على ما يقتضيه اطلاق
العبارة وفتاويهم بل هو صريح التذكرة والمسالك والروضة وغيرها خلافاً لما قد يظهر
من الفاضلين في الشرايع والنافع والارشاد من منع المؤجل منه قبل حلول اجله ولا وجه
له سوى دعوى عدم استحقاق البايع له قبل الاجل وعدم القدرة على تسليمه حين البيع

وضعفه

وهو ضعيف ظاهر لولا ما يظهر من الاجماع المدعى صريحاً على المنع من بيع السلم قبل حلوله كان المتجه فيه الجواز
ايضاً لعموم ادلة البيع كما مر في السلم اذا عرفت هذا فلا اشكال في جواز بيع الدين بالعين وبالمضمون الحال
مطلقاً على من هو عليه وعلى غيره اما بيعه بمثله فغير جائز اجماعاً للنهي عن بيع الدين بالدين في النصوص المعتضد
من غير فرق بين كون الدينين حالين او مؤجلين او مختلفين ولا بين ان يكون للثمن في الذمة ذمة المشتري
المنافي للجميع هذه الافراد وان اوهمت عبارة الكتاب جواز بيعه بالدين الحال ابتداء كالقرض او بعد التأجيل
وانقضاء الاجل لصدق الحال عليه لكنه غير مراد جزماً وانما المراد به المضمون الحال وهو الكلي الثابت في الذمة
بالعقد من غير تأجيل فانه غير مندرج في مسمى الدين الممنوع منه لغة وعرفاً فان اطلق عليه لفظ الدين
في مقابلة العين فهو من المجاز لمشابهته به في التعلق في الذمة ولا يحنث من حلف ان لا يبيع بالدين بالبيع
برواية المضمون المؤجل في المنع منه لصدق الدين عليه وان حكى قولان ظاهرهما المنع والاكثر المنع فلا يصح
بيع مضمون مؤجل بمثله ولا يبيع بعد بدين سابق على العقد ولا عكسه لصدق بيع الدين بالدين في
الجميع فيشمله النهي وظاهر المحقق في الشرايع عدمه لجواز بيع الدين بالمضمون المؤجل وبه قطع الفاضل
الشارح في المسالك والروضة معللاً بان الدين الممنوع منه ما كان مضموناً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق
الباء به والمضمون عند العقد ليس بدين وانما يصير ديناً بعده فلا يتحقق بيع الدين به ولانه يلزم مثله
في بيعه بحال والفرق بينهما غير واضح ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان اراد به قبل العقد ممنوع وان
اراد [illegible] او بعده فمشترك والاطلاق عليه عرفاً اذا بيع به فيقولون باع فلان ماله بالدين مجاز بقصد
بان الثمن في ذمته ديناً بعد البيع ولو اعتبر هذا الاطلاق لاطرد مثله في الحال اذا لم يكن قبضه خصوصاً
اذا امهله به من غير تأجيل وفيه ان عدم صدق الدين على الثمن قبل العقد لعدم اشتغال الذمة
به لا يجديه من صدق الدين عليه بالعقد ولا من صدق بيع الدين عليه به لغة ولا دلالة للباء ايضاً المتعلقة
به على اعتبار سبق الوصف بالدينية قبل العقد وانما المفهوم منها التزامها عن مقابلة ما يسمى ديناً
من الاثمان مطلقاً ودعوى لزوم مثله في البيع المضمون في الحال ممنوعة فان التأجيل في المؤجل كاف
في التفرقة بينهما لكونه داخلاً في مفهوم الدين لانه فعيل فعل من جمع من اللغويين الفرق بين

الدين والعرض تعين بالاجل في الاول دون الثاني ولعل تسمية العرض لدخوله في التاخير والامهال فتأمله
مطلقا ومن العين داخلا في حقيقته عرفا وان لم يكن لازما شرعا مع ان النقض بالحال كالاجنبي
في الموضوعات التي لا طريق لاثباتها سوى النقل والاستعمال العرفي تحقيقه ودعوى ان اطلاق الدين
على المؤجل عرفا من المجاز يدفعها ان اطلاق الدين على ما قابل الحال وهو المتبادر عرفا من البيع
بالدين بل لعله اظهر من صدقه على ما قابل الكلي العين ولذا يحنث لو حلف ان لا يبيع بالدين
فباع نسيئة ومن ثم قيل في السلف ان تسميته سلفا لكونه يعني الكلي المسلم فيه والمضمون المؤجل دين
وظاهرهم فيه الاتفاق على اشتراط عدم التاجيل في رأس المال لا لاشتراط قبضه في المجلس لامكان التاجيل
ابتداء بل المدخول فيما لانه عنده من بيع الدين بالدين كما ان ظاهرهم الاتفاق على اشتراط ان لا يكون رأس المال
دينا لذلك فلولا ان المسلم فيه وهو المضمون المؤجل دين لم يدخل في النهي المذكور واختلفوا فيما لو كان رأس
المال دينا على المسلم اليه والمشهور والمشهور البطلان لانه احد في بيع الدين بالدين ومن ذهب الى الصحة
فانه وان علل بان ما في الذمة بمنزلة المقبوض لكن قد عرفت [illegible] تعليله وان الوجه هو البطلان
مانع الدينية لا عدم المقبوضية [illegible] وبزيادة ويلزم المديون ان يدفع الى المشتري الا ما دفع
المشتري الى البايع على رواية محمد بن الفضل عن ابي الحسن الرضا ع ومنع ابن ادريس من بيع الدين على
غير المديون والمشهور الصحة اما جواز بيع الدين بالازيد منه والانقص والمساوي فمما لا خلاف
فيه ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير المديون لا اصل له وقد سبق التنبيه على خلافه وضعفه
اما انه لا يلزم المديون ان يدفع الى المشتري الا ما دفعه الى البايع لو كان الثمن اقل من العين فهو
مذهب الشيخ وابن البراج عملا برواية محمد بن الفضل عن ابي الحسن الرضا ع في رجل اشترى دينا على
رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه قال يدفع اليه
ما دفع الى صاحب الدين وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه ورواية منه المروية عن ابي
حمزة عن ابي جعفر ع حيث قال يرد الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى به من الرجل الذي
له الدين لكن المشهور بين الاصحاب الزام المديون بدفع تمام ما عليه من الدين الى المشتري

مطلقا

مطلقا عملا باصول المذهب وقواعده واستضعافا للخبرين سندا ولتأبيهما ولانه يمكن حمل الشراء
فيهما على الضمان عن المديون بالاذن فانه لا يجب الا ما ادى لحكم الضامن او حمل الشراء على الفاسد بعد
اذن منه او اجازة او غير ذلك مما يخرج البايع باستيفاء الثمن من المديون فيكون المراد براءته منه
بالنسبة الى المشتري وان بقيت مشغولة بالباقي للبايع وهو صاحب الدين او على ما اذا كان الشراء
للمديون باذنه منه واجازة او غير ذلك مما يخرج به الخبر عن مخالفة القواعد الشرعية صونا له عن
الطرح كما يمكن حمل كلام الشيخ على نحو ذلك فيرتفع الغرابة التي من اجلها نظم الحلي على الشيخ الفقه
بما لا يليق بل الاغراب مع ملاحظة التضافر من الضمان وغيره واما المقتضي لعدم العمل بالخبر المذكور ضعف
وانتفاء الجابر مع انه قد ظهر من المصنف هنا وفي الدروس الميل الى العمل به وقد انتصر العلامة للشيخ
حتى زاد في الاستيفاء من الحلي والمؤمن له ناصره وعذر الجميع واضح سامحنا الله واياهم بعفوه
وكو صد [illegible] اطلاق المصنف وغيره جواز بيع الدين بالازيد والانقص مقيد بما اذا لم يكن العوضان
ربويين قوله ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم ثم قضى منه دين المسلم صح قبضه وان شاهد هذه
المسلم هذا الحكم مما قطع به الاصحاب من غير نقل خلاف بل نفي الخلاف عنه جماعة وحكى في الرياض
عن بعض العبارات نقل الاجماع عليه والظاهر عدم الاختصاص بالبيع وثمن المبيع من ذلك بل كلما
اخذه الذمي عوضا عما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير والميتة وغيرها صح قبضه وتملكه وان علم
المسلم بالحال من غير فرق بين عوض اعيانها او منافعها ولا بين اخذ العوض بطريق المعاوضة عليها
او لا لانها وضمان مثليها كما في دفع الذمي العوض وفاء عن دين في ذمته او خراجا او جزية
او صدقة او غير ذلك لاصحية قبض المسلم له في الجميع كما نطقت به الاخبار كقول ابي جعفر ع في صحيح
ابن مسلم في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرا او خنازير وهو ينظر فقضاه انه لا بأس به اما
للمقترض فحلال واما للبايع فحرام ومثله صحيح داود بن فرقد عن الصادق ع وقوله ع في صحيح
زرارة لا بأس وقال خذها وقوله ع في موثق منصور لما لك عليه دراهم فقضاك دراهم وقوله
في مضمر معتبر ابن مسلم في خراج اهل الذمة وجزيتهم اذا اودعها من ثمن خمورهم وخنازيرهم وميتتهم

ذلك الانام والسلطان حلال وهو على اهل الذمة حرام وهم المتعلون اوبخاديكا لو وزره وغير ذلك من النصوص
الواردة في الجزية والخراج وقضاء الدين المتعينة لتحريم ذلك وفساده بالنسبة الى الذمي لكونه مكلفا
بالفروع عند الاكثر بحل اخذه من الزانية ثمنه لفرض يحكم على ذلك ذلك شرعا وهو لا ينافي الحرمة
والفساد واقعا وان وجب الاقتصار على خصوص المقبوض منه من الذمي لعدم ثبوت الشريعة لغيره حلالا
من غير خلاف يعرف في ذلك بين الاصحاب الا ما حكاه في المختلف عن الشيخ من عبارة الشيخ المؤيدة لشمول
لغيره من حيث خلاف يكون في ذلك اهل الذمة حيث قال من شاهده منافذ بايع والاجل للمسلم
تملكه من خمر او خنزير او غيرهما واخذ ثمنه جاز له ان ياخذ منه ويكون وزر ذلك على من باع وصح الى
العموم في الكفاية وغيرها نظرا الى اطلاق ما استدل به من النصوص الواردة في قضاء الدين سوى الاخ
جوابا على ما نوقش منصوص الفقيد سئل الرجل عن الذمي هو غريب او لا دين في ان المراد من ذلك ان من اوجز له
التزنيد على بيع ذلك فهو الذمي لا المسلم ولا الذمي الحربي ايضا وان كان مستحلا كما هو المستفاد مما تقدم
من الاخبار الواردة في تحريم التكسب بذلك وان ثمنها سحت وان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه
وورد فيمن اسلم وعنده خمر وخنازير من النهي عن بيعها وقضاء دينه منها كما في المرسل عن الرضا
لو لا انه على حكم المسلم الاصلي بالاولوية ولذا كان المشهور انه لو اسلم ومات لم يجز بيع تلك الاعيان
من تركته ووفاء دينه من ثمنها بل يخالف على الشيخ في النهاية للخبر فيمن اسلم وعنده خمر وخنازير ثم مات وهي
في ملكه وعليه دين قال يبيع ديانه او ولي له غير مسلم خمره وخنازيره فيقضي دينه وليس له ان يبيعه
وهو حي ولا يمسكه وهو مع ضعفه مؤول على بيع الوارث والولي بعد ذلك وبيعه وقضاء دينه
من الثمن لصراحته بجريه بجزء ذلك عن ملكه بعد الاسلام فلا مناص عن تقييد الحكم هنا بالذمي
ولذا وقع في المختلف توهم ابن ادريس مخالفة الشيخ هنا وقال ان كلامه لا طائل تحته فان فصله
الشيخ اهل الذمة على ما صرح به في كتابه بدعم طك وغيره انتهى والقم اعتبار كونه المعاوضة مع ذمي
مثله فلو باع غير مسلم لم يحل فيقتصر على ما يظهر من الاصحاب اقتصارا على المتيقن من التحريم وان احتمل
الجواز لعموم الادلة وعدم المنافاة بين الفساد واقعا واباحة التناول من الذمي تعويلا على الرواية

نعم لو

نعم لو غصب المسلم شيئا من ذلك وضمن العوض حل اخذه من غير اشكال وفي اعتبار ستر الذمي بيع ذلك
في اباحة عشرة لان اشتهرها اعتبار العدم معلومية تقوم الشريعة لغيره والاصل المنع ولعل الاظهر
ولا يمنع تجدد اسلام الذمي بعد البيع من مطالبة المشتري بالثمن ان لم يقبضه وجواز قبضه منه كما لا يمنع استحقاق
عوض القرض ان لم يكن مثليا وان اسلم المقرض عند الاقرض لو كان القرض مثليا كالخمر فاسلما او احدهما سقط
القرض على الاشهر لتعذر الوفاء والاستيفاء وقربه في الدروس لزوم القيمة لو اسلم الغريم وهو قريب
قوله ولا يحل الديون المؤجلة بحجر المفلس خلافا لابن الجنيد لا وجه بين ما للمفلس من الديون وما
عليه في عدم حلول موجلها بالحجر الخاص بالموت فانه قياس مع الفارق بعدم بقاء الذمة مع الموت
فيتعلق الدين بالتركة وهو يستلزم لحلوله بخلاف الحجر لبقاء الذمة فلا موجب للحلول مع ان الحجر
مشروط بحلول الدين فلو اقتضى حلول المؤجل لغى الشرط قوله ويحل الديون بموت المديون ولا يحل
بموت المالك اما حلول الدين بموت المديون فموضع نص واجماع لقول الصادق ع في خبر ابي بصير
اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين ونحوه المرسل وفي خبر السكوني عن جعفر عن ابيه
عليهما السلام قال اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين وفي الفقيه اذا مات
حل ما للغائب ولا يقدح ضعف الاخبار من انجبارها بالعمل والاعتبار من حيث انحصار الحق
بالتركة اذ لا ذمة للميت بعد الموت وانه لولا الحلول لادى الى تضرر الورثة ان منعوا من التصرف
في التركة وتضرر الديان لو لم يدفع الى الاجل وظاهر اطلاق النص والفتوى عدم الفرق بين افراد
الديون وان تامل بعض في حلول مال السلم والجناية المؤجلة بل عن ايضاح النافع وبعض حواشي
المتن الحكم بعدم حلولهما لان الاجل في السلم جزء من العوض فلو حل بالموت لزم نقصانه ولان الاجل
في الدية بتعيين الشارع بعد فيه وانه لا تكون دينا ولا يتحقق الفرق بين الديات الثلاث وهو كما
ترى هو كالاجتهاد في مقابلة النص القاضي بسقوط الاجل في الجميع ودعوى ان بين عموم حلول الدين
وتاجيل السلم والدية عموما من وجه فيتساقطان ويرجع الى الاصل في محل المنع مع انه يجري مثله
في جميع افراد الديون فينبغي ملاحظة المستفاد من مجموع الادلة والشهرة في عموم الحلول مطلقا

واما عدم حلول الدين بموت المالك وهو صاحب الدين فهو المشهور للاصل من غير معارض سوى ما في معتبر
من خبر ابي بصير ويحمل على ثبوت المثبت وملاحظة ان التاجيل رفاه فقد حصل من الميت ولم يحصل من
الوارث بعد انتقال الدين اليه لكن الخبر ضعيف ولا جابر له في المقام ويحمل على دين خاص مع الفارق
كما هو ظاهر وانتقال الدين الى الوارث لا يقتضي سقوط التاجيل لانه انما يرث مال مورثه على صفته من
الحلول والتاجيل فما عن الشيخ في قد وابي الصلاح وابن البراج والطبرسي من القول بحلوله ضعيف كما
هو ظاهر المحكي عن ابن الجنيد ولا شبهة في ضعف قوله وللمالك انتزاع السلعة في الفلس اذا لم
تزد زيادة متصلة كالسمن لسمن اذا حجر الحاكم على المفلس فصاحب العين احق بها من سائر الغرماء
نصا واجماعا في الرواية الجامعة المروية عن النبي ص ايما رجل مات وافلس او افلس فصاحب المتاع
احق بمتاعه اذا وجده ولقول الصادق ع في مرسل جميل اذا كان المتاع قائما له بعينه رد الى صاحب
المتاع وقول ابي الحسن ع في صحيح عمر ابن يزيد فيمن وجد متاعه عند من ركبه الدين لا يحاصه
الغرماء وغير ذلك من الاخبار والمستفاد منها ولو بمعونة فهم الاصحاب تسلط صاحب العين
على فسخ المعاوضة على عليها واسترجاعها فهو بالخيار بين ان يتركه ويضرب مع باقي الغرماء
وبين الفسخ والاخذ فيكون الخيار فوريا ومتراخيا وجهان اظهرهما الثاني كما مر في نظائره
وليس المراد من اخذ العين وعدم محاصة الغرماء اخذها وفاء عن دينه الذي هو ثمنها حتى لو
نقصت قيمتها حين الاخذ ضرب مع الغرماء بالباقي ولو زادت رد الزيادة اليهم ولا فرق في جواز
اخذ العين بين ان يكون هناك وفاء لباقي الغرماء بعد اخذها او لم يكن حتى لو لم يكن للمفلس
مال سواها جاز اخذها كما هو المشهور عملا باطلاق النصوص خلافا للمحكي عن الشيخ
في ط فاعتبر عدم قصور الباقي عن الوفاء اقتصارا على اليقين فيما خالف اصالة عدم اختصاص بعض
الغرماء في مال المفلس ولصحيح ابي ولاد الوارد بذلك في تركة الميت وهو كما ترى من الضعف
وان قال في المسالك انه لا يخلو من قوة ولا يرد ان شرط الحجر القصور عن الوفاء فكيف يتصور الوفاء
بعد اخذ العين لامكان تجدد مال يحصل به الوفاء بعد الحجر من ارث واكتساب ونحوه ولا يبطل به الحجر

وامكان

وامكان ان يكون اخذ العين موجبا لصيرورة ما بقي من المالية وافيا بالدين وان كان لو بقيت العين
في جملة امواله وبيع ويبين في جملة الديون لم يف ماله بتمام الدين اذا عرفت هذا فالمراد من العين التي
يتسلط الغريم على استرجاعها مطلق المعوض في البيع عينا كان او منفعة في جميع المعاوضات فلو
افلس المستاجر ولم يكن قد دفع الاجرة تسلط الموجر على الفسخ نعم يعتبر كون المعاوضة محضة فلا فسخ
في النكاح لو افلس الزوج بالمهر ولا في الخلع لو افلست الزوجة بعوض الخلع وانما يجوز الفسخ
في المعاوضة المحضة بشروط احدها بقاء العين في ملك المشتري فلو باعها او وهبها او عتقها او
وقفها قبل الحجر فلا رجوع ولو عادت الى ملكه ففي جواز الرجوع وجهان اظهرهما العدم للتلقي
الملك من غير البايع ثانيها ان لا يتعلق بالعين حق سابق على الحجر فلو تعلق بها حق سبق كالشفعة
او لمن البايع على الاقوى لسبقه وكذا المرهون فيضرب البايع مع الغرماء ولو جنى العبد فللبايع
الرجوع به ناقصا بارش الجناية وله الضرب مع الغرماء ثالثها حلول الثمن فلو كان مؤجلا فلا
رجوع فلو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع وجهان اظهرهما العدم لسبق تعلق حق الغرماء بالعين
رابعها عدم تغير العين فلو كانت حبا فصارت زرعا او بيضا فصارت فرخا فلا رجوع من غير
اشكال فلو تغيرت بالمزج فان كان بالمساوي والاردى فله الرجوع من غير خلاف لبقاء العين
وان لم تكن متميزة لامكان التوصل اليها بالقسمة برضا البايع بها او بالبيع او يكون بنسبة ما يختص
من القيمة وان كان بالاجود ففيه قولان المنع وهو للشيخ وتبعه العلامة في القواعد والتذكرة
لصيرورتها بمنزلة التالفة لتعذر الوصول اليها بالقسمة لتعذر المشتري والغرماء والجواز وهو
اختياره في المختلف والتحرير وبه جزم المحقق الثاني في جامع المقاصد والفاضل الشارح في
المسالك نظرا الى امكان التوصل اليها باخذ القيمة وهو متجه لعدم تلف العين بالاختلاط
وثبوت الشركة به وضرر المشتري يندفع بما قدمناه على القسمة ان رضي بها والا باخذ العين
فيباعان جميعا ويرجع بنسبة عينه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهما والممزوج بها درهمين
بيعتا واخذ ثلث الثمن وعن الشيخ انه حكى قولا بانه يعطى من العين بنسبة ما يختص ثلث المجموع

وضعفه بان مضافه الى الزيادة بناء على عدم اختصاصه بالبيع وان تغيرت العين بالزيادة فلا يخلو
اما ان تكون صفة محضة او عينا كذا او صفة من وجه وعينا من آخر فان كانت صفة ولم
تزد القيمة بها او نقصت فلا اشكال في جواز الرجوع مجانا لانتفاء المانع عن الزيادة الموجبة للشركة
وان زادت القيمة بها فظاهر المص بطلان الرجوع بالعين لعدم امكانه مع الزيادة الموجبة للشركة
وبدونها ضرر مع الغرماء ولم اقف على من ابطل الرجوع بذلك قبل المص والمتجه الرجوع لصدق
وجدان عين ماله وحق في الزيادة اما ان تكون لا بفعل المشتري كالسمن والكبر وتعلم الصنعة فهي
من توابع العين للبايع ولا شركة للمفلس كما هو مذهب الشيخ وجماعة ومنهم العلامة في القواعد خلافا
له في التذكرة والمختلف فاختار الشركة معللا بانها نماء ملك المفلس وان الرجوع على خلاف الاصل
فيقتصر على المتيقن وضعفه ظ لعموم ما دل على الرجوع بالعين الصادق على المجرد من الوصف والمتصف
ولان الزيادة المذكورة لا تعد مالا ولا املاكا للمفلس وان زادت قيمة العين بسببها فالحق فلا موجب للشركة
ولا كلام في الحكم بها فيما لو فسخ بالخيار ولا فارق بينه وبين الرجوع لكون الفسخ لا من اصل العقد في
الموضعين واما ان تكون بفعله كقصارة الثوب وصقل السيف وطحن الحنطة فقد يقوى
مثلها الشركة بالزيادة وان زادت على اجرة العمل لانها حاصلة بفعل متقوم محترم فلا يضيع على
عامله كما جزم به كثير من المحققين وهو لا يخلو من اشكال فان الصفة لا تعد من الاموال فلا موجب
للشركة كما في نظائره من انواع الخيار واحتمال الرجوع باجرة العمل لكونه محترما متقوما لو كان عمل العمل
في ملك البايع اما لو كان عامله في ملكه فانه لا يستحق الاجرة به على غيره لو خرج عن ملكه بعد العمل ان كانت
الزيادة عينا محضة كالولد والثمرة والزرع والبناء والغرس فله الرجوع بالعين خاصة لوجوده
وامتيازها عن الزيادة التي هي ملك المشتري وان كانت من نفس العين كالثمرة وان لم تقطف قبل الشراء
او بعده والولد وان لم ينفصل لكونها نماء ملكه فلا يستحقها البايع بل يجب عليه تبقية ما للزرع ينتظر
كالزرع والثمرة الى اوان جذاذه وحصاده من غير اجرة نعم لو تجدد ضمان زرع المستأجر والمفلس
فللموجر اخذ الاجرة على تبقية الزرع الى اوان الحصاد والفارق بين البيع والاجارة ان الاول

متعلق

متعلق الرقبة فاذا فسخ البايع عادت اليه مسلوبة المنفعة لكون المشتري قد استحقها مالا لزرع فلا اجرة
لها بخلاف الثاني فان متعلقه المنفعة فاذا فسخ الموجر عادت اليه وحيث لا يمكن استيفاؤها
فيكون الزرع محترما يجب تبقيته استحق عوضها وهو اجرة المثل واما ما لا امد له ينتظر كالبناء والغرس
فيلزم البايع تبقيته مؤبدا لانه وضع بحق في زمن ملك المشتري فيكون محترما وظاهرهم عدم استحقاق
الاجرة على ابقائه لكن المحكي عن الشيخ في ط جواز ازالة البايع له بالارش معللا بان للبناء ومن الرجوع
بالعين استحقاق منافعها حيث وضع الغرس بحق لزم جواز دفع الارش لان الشرع جمعا بين الحقين
فان مقتضى التعليل استحقاق الاجرة على الابقاء الا ان ما ذكره من التعليل عليل فان الرجوع بالعين
لا يقتضي سوى الرجوع بها على حالتها وان كانت مسلوبة المنفعة بما في الغرس والبناء فان ذلك
لا يقدح في صدق وجدان العين وملكيتها وتحولها ولا يصيرها بحكم التالفة والا لبطل الرجوع بها
وح فلا يستحق البايع سوى العين مشغولة بالبناء والغرس فان تراضيا على الابقاء بالاجرة او
الازالة بالارش والا بيع المجموع من الارض والبناء واخذ للارض من الثمن بالنسبة وطريقه
ان تقوم الارض وما فيها بقيمته وتقوم الارض وحدها مشغولة بما فيها بقيمته وتنسب قيمة الارض
لتلك القيمة المجموع فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة ولا يجبر صاحب الغرس والبناء الا ان يبيع فيما
نحن فيه لازم المفلس تعلق حقوق الغرماء ولو دفع البايع ولو دفع المشتري قيمته لم يجبر عليه
ولو كانت الارض لبايع والغرس لاخر فغرسه المشتري فيها وافلس رجع كل الى عين ماله ولكل منهما
قلع الغرس فان قلعه صاحب الارض لم يكن عليه ارش لانه لا يستحق … صاحبه الا تاما فلو … ولو
قلعه صاحب الغرس فعليه طم حفر الارض وان كانت الزيادة من وجه او صفة من كالثوب للصبغ فان لم
تزد قيمة الثوب بالصبغ فلا شركة للمفلس وان زادت قيمته فان كانت الزيادة بقدر قيمة عين الصبغ
فما دون فهو للمفلس خاصة وان كانت اكثر منها قابل العين فللمفلس واما ما زاد على ذلك مما هو
مقابل اللون ففي كونه للبايع خاصة او للمفلس كذلك او لهما وجوه اظهرها التبعية لعين الصبغ فيكون
للمفلس خاصة ولو دخلة المبيع سواء في ذلك مع القصور ومع الوفاء كصاحب احدها

٨١

في المشهور وقال ابن الجنيد وان لم يكن وفاء كالمفلس لا خفاء في ان صاحب العين مع وفاء التركة بالدين احق بالعين من سائر غرمائه لصحيح ابي ولاد عن الصادق ع في رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات
المشتري قبل ان يحل ماله فاصاب البائع متاعه بعينه اله ان ياخذه اذا تحقق له قال فقال ان كان عليه
دين وترك نحوا مما عليه فلياخذ ان تحقق له فان ذلك حلال له وان لم يترك نحوا من دينه فان
صاحب المتاع كواحد ممن له عليه مال ياخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع وهو كما يدل على الاختصاص
مع الوفاء يدل على التركة مع القصور كما هو المشهور عملا بالاصل والصحيح المذكور خلافا للمحكي عن ابن
الجنيد من اختصاص صاحب العين بها مطلقا الحاقا للميت بالمفلس وعملا بعموم ما تقدم من الاخبار
الناطقة بان صاحب المتاع احق بمتاعه سيما النبوي المتقدم كقوله ع ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع
احق بمتاعه اذا وجده وضعف الالحاق بالمفلس قياس مع الفارق حيث ان الميت لا ذمة له حتى يرجع
الغرماء مع القصور فاختص حق الغرماء بالتركة والعين من جملتها بخلاف المفلس والعمومات الشاملة
لها مع القصور ظهورها في الحي لا مناص عن تخصيصها بالصحيح المذكور واعلم ان هذه الاخبار حيث انها
حجة بالنظر الى الغرماء اما بالنظر الى الوارث فانه احق باعيان التركة وصاحب العين وغيره فضلا
التركة عن الوفاء اولم تقصر حتى بدل الدين كانوا لا حق بالعين فلا سبيل لصاحبها الى الفسخ مطلقا
ولو وجدت العين ناقصة بفعل المفلس اخذها وضرب بالنقص مع الغرماء بنسبته الى الثمن
لا خلاف في ان نقصان العين لا يمنع من رجوع صاحب الثمن بها مطلقا لاندراج الناقص في عموم من
وجد متاعه وعين ماله ولا في ان الفائت ان كان له جزء مقابل بالثمن وموزعا عليه كعبد من
عبدين او ثوب من ثوبين اخذ ما وجده وضرب مع الغرماء بعوض الفائت مطلقا وفي
الباقي بالنسبة او بعشر يوم بيعه فالمشهور الاول وعن ابن الجنيد الثاني وحكاه في الحدائق
ضعفه فان المراد وهنا انما كان بطريق الفسخ لا بطريق الاستيفاء فلا وجه للاحتساب عليه
بالقيمة ...... ولو تم ذلك لادى في بعض الفروض الى عدم الرجوع الى شيء الى الفائت مع
ربما اقتضى استحقاق شيء البائع انقص كما لو كانت قيمة حين الرد ازيد من الثمن وهو كما ترى وانما

وان كان

اذا كان الفائت وصفا او وفاء لا يتوزع الثمن عليه كيد العبد ونحوها فان لم ينقص العين بفواته
فلا اشكال من عدم استحقاق البائع شيئا سوى العين اذا اخذها وان نقصت ففي استحقاقه الارش
مطلقا او عدمه مطلقا او الاستحقاق ان كان الفوات بفعل الاجنبي خاصة دون ما اذا كان بفعل المشتري
او بافة سماوية او الاستحقاق فيما اذا كان بفعل الاجنبي او المشتري اوجه اشهرها عدم الاستحقاق
الا اذا كان الفوات بفعل الاجنبي خاصة اما عدم الاستحقاق في غيره فان النقصان الحادث غير مضمون
والرجوع بالعين فسخ للعقد من حينه لا من اصله فلا يستحق الرجوع بعوض الفائت عند المشتري واما
الاستحقاق بفعل الاجنبي فلانه لما ثبت عليه ارش الجناية والارش جزء من المبيع وقد اخذه
المشتري فلا يضيع على البائع كذا علل وضعف ما ذكروه في تعليل عدم الاستحقاق جار فيما اذا
كان بفعل الاجنبي واستحقاق المشتري له واخذه لا يصلح ان يكون فرقا بين الصورتين لكون الاستحقاق
انما حدث في ملك المشتري فلا يستحقه غيره بل هو كالنماء المتجدد في ملكه فانه وان تجدد بعد الفسخ
مع انه قد لا ياخذه المشتري بل يسقط فلا موجب لتضمينه بما هو غير مضمون عليه ولا معوض له ومنه
يظهر ضعف ما يحكى عن ابن الجنيد من استحقاق البائع الرجوع بالارش مطلقا وان قواه العلامة في
المختلف واستحسنه المحقق الثاني والفاضل الشارح نظرا الى ان فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل مال
الى صاحبه فان كان باقيا رجع وان كان تالفا رجع ببدله كان ما كان وكون العين غير مضمونة
للبائع في يد المشتري معارض بان قسط من الثمن كذا علل في المسالك وهو كما ترى كما ان
فسخ المعاوضة انما يقتضي الرجوع بعين العوض والعوض وفوات الوصف وما بحكمه لا يسقط
الثمن في حيز المنع وان كان موجبا لزيادة الثمن ونقصانه ولذا لم يكن خيار العيب من خيار تبعض
الصفقة عند التحقيق وكان ثبوت الارش فيه بمقتضى النص لا القاعدة فالحق عدم الفرق بين
الصور هنا في عدم استحقاق الارش الا ان يقوم اجماع على استحقاقه فيما اذا نقص بفعل الاجنبي
كما قد يظهر من الروضة وغيرها وهو تامل ولا يقبل قوله في حال التفليس بعين لتعلق
حق الغرماء اي لا يقبل اقرار المفلس بعد الحجر عليه بعين في يده بانها للغير سواء كان

٢٠

المقر له حاضرا او غائبا صدقه المقر له او كذبه لتعلق حق الغرماء به ظاهرا فلا ينفذ اقراره في حقهم وان نفذ
في حقه لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز فيلزم تسليم العين الى المقر له لو فضلت عن الديون والا فعليه
قيمته ونحوها كالملزوم مثلها او قيمتها بعد فك الحجر لو لم تفضل وهذا هو المعروف بين الاصحاب وقيل بنفوذه
مطلقا وهو اختيار التذكرة وظاهر الشرائع على تردد نظرا الى ان الاقرار كالبينة فكما تثبت الاختصاص بها
فكذا بالاقرار وانه لا موجب لتكذيب الاقرار او لانتفاء التهمة اذ لا يعقل دفع البدء عن ملكه والاعم
ثابت في ذمته وبه منع مساواة الاقرار للبينة لكونها حجة شرعية مطلقا بخلاف الاقرار فانه دليل
مقصور على نفوذه في حق المقر لا في حق غيره ولذا لا يسمع الاقرار في حق المرتهن لو اقر بالرهانة لغيره
او بيع العين قبل الرهانة وان سمعت البينة بذلك واما التهمة فانها ليست المانع هنا من السماع
غير منفية ايضا لامكان المواطاة بين المقر والمقر له طلبا لحرمان الغرماء من العين والمدار وعلم خلافها
نفوذ الاقرار على مزاحمة الغرماء في العين فلو ارى لبعض الغرماء ما تماعين ماله ليتمكن من الاختصاص
بها لم يسمع ولا فرق بين الاقرار بالعين بين الاقرار بكونها وديعة او عارية مغصوبة بالسوم او على
جهة الضمان بان صدقه المقر له بذلك او كذبه او لم يعلم قصد تصديقه او تكذيبه لكونه غائبا وعن الشيخ انه لو
اقر بانها مضاربة لغائب او انه في يده بعينه ولا يعرف وجهه في القواعد انه لو قال هي مضاربة
لحاضر فصدقه دفعت اليه والاضعف والاصح عدم النفوذ مطلقا لما عرفت ويقضي بدين يتعلق بذمته
فلا يشارك المقر له ومنه الشيخ المشاركة اي يصح الاقرار بدين سابق على الحجر الا انه يتبع به بعد
ارتفاع الحجر ولا يشاركه المقر له مع الغرماء في اموال الفاضل عن حقوقهم حال الحجر وهو خيرة العلامة
في الارشاد والمحقق الكركي والفاضل الشارح وغيرهم وربما قيل ببطلان اقراره فلا ينفذ مطلقا
ولا شبهة في ضعفه وشذوذه مخالفته لما دل على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز وذهب الشيخ
والفاضلان في الشرائع والتذكرة والمحقق الى صحة اقراره ونفوذه في حق الغرماء ومشاركتهم
وعن المصنف في حواشيه موافقتهم ان كان المقر عدلا والمتجه عدم النفوذ لكونه من الاقرار في حق الغير
ولا مستند للشيخ وموافقيه سوى الحاق الاقرار بالبينة وارتفاع مانع قوله من التهمة هنا وقد بينا

ضعفه

ضعفه في صورة الاقرار بالعين التي لا فرق بينها الاقرار بالدين في لزوم الاقرار للمقر على نفسه وعدم
قبوله في حق الغرماء فحق عبارة المصنف مواخذة الحكم في الاقرار بالعين بعدم القبول الظاهر في عدم
قبوله مطلقا وفي الاقرار بالدين في الصحة الظاهر في نفوذه مطلقا ولا نظير بعد المشاركة كما انه لا وجه
للتفصيل بين العين والدين بالقول بنفوذ الاقرار بالاول دون الثاني والقول بعكسه اذ لا مستند للفرق
سوى اعتبارات غير صالحة للتفرقة بينها اصلا ولو اقر بمال في ذمته اسنده الى ما بعد الحجر ينفذ اقراره
ان اسنده الى قرض او معاملة ونحوها من غير اشكال لعدم مشاركة الغريم المتجدد غيره من الغرماء
لسبق تعلق حقوقهم حتى لو ثبت استحقاقه بالبينة لم يشاركهم وكان دينا ثابتا في الذمة يتبع به بعد
الحجر او بعد تجدده مال لم يتعلق به حق الغرماء السابقين خاصة من غير فرق بين ان يكون الغريم المتجدد
عالما بالتعلق الحجر او جاهلا على الاقوى اما مع العلم فواضح وفاقا كما في المسالك لانه اقدم على ضرر
نفسه واما مع الجهل فلسبق تعلق حق الغرماء فلا يضرب معهم ولا يختص بعينه لو وجد شيئا على
تعلق الحجر وحقوق الغرماء بالاموال المتجددة بعده واحتمل اختصاصه بعين ماله لعموم قولهم
صاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده والضرب مع الغرماء لكونه غير عالم اذ لا دخل في مقابل دينه مالا
وضعف الوجهين ظاهر مما عرفت ويمنع المفلس من التصرف في اعيان امواله انما يمنع المفلس من
التصرف فيها بعد الحجر بحجر الحاكم عليه فلا منع قبله اجماعا ولعل المراد من المفلس شرعا من حجر
التصرف بما له والاطلاق لغة على العديم ولا خلاف في منعه من التصرف بالمال بعد الحجر فان حقيقته
هو المنع من التصرف بالمال لاحد اسبابه التي منها الفلس وما في الحدائق من التامل في ثبوت الحجر
على المفلس مدعيا خلو النصوص عما يصلح حجة عليه ليس الا لثبوته بالاجماع بقسميه ودلالة النبوي
صريحا عليه وهو ما روي عن النبي ص انه حجر على معاذ لا الناس وذلك واسعا وجملة من
النصوص بدلالة كخبر غياث وخبر الاصبغ وخبر السكوني وغيرها من النصوص المتضمنة الملزمة للامام
من حبس المفلس وقسمة امواله على الغرماء بالحصص وبيعها عليه قهرا فانها ظاهرة في منعه من
التصرف في تلك الحال بل قد يرادهن حبسه سوى منعه من التصرف فلا معنى لمن جعل دعوى

واحترز بتقييد التصرف بما اعن التصرف بغير المال من نكاح او طلاق او قصاص او عفو او اقرار بنسب ونحو ذلك
وان استتبع مالاً كالاقرار بالزوجية والنسب المستلزم للمؤنة والمراد من التصرف بما كان موجباً لا
نقلاً في المال او نقله عن ملكه بعوض او بغير عوض فلا منع من التصرف المحصل له كالاحتطاب والاحتشاش
والاصطياد والاتهاب وقبول الوصية ونحو ذلك مما الامر احمر فيه لحقوق الغرماء بل يعود نفعه اليهم
بناء على ان تعلق الحجر بما يتجدد من الاعيان ايضاً ومن التصرف الذي لا مزاحمة فيه للغرماء كالوصية
والتدبير اذ لا يذهب بعد الوفاة من الثلث لسبق الحقوق الذين عليهما الا انهم قالوا ان الحجر يقتضي بطلان
التصرف وسلب الاهلية عن التصرف لا المنع من حيث معارضة حقوق الغرماء خاصة كما قد يظهر ذلك
من عبارة الشرائع وغيرها من العبارات المصرحة ببطلان التصرف اذ لولا ذلك لكان المنع يتوقف على
اجازة الغرماء اولاً وبعد حقوقهم لا لبطلانه فان المنع لحقوقهم لا يزيد على المنع لحق المرتهن ولا على
منع الغاصب المحكوم بصحة تصرفه مع الاجازة وح فينبغي الحكم ببطلان نحو الوصية والتدبير لانتفاء
الاهلية وان لم يكن منافياً لحقوق الغرماء لكن الاقوى بقاء الاهلية لعدم الدليل على سلبها
والمنع من المنع انما هو لطلب حقوق الغرماء كما صرح التعليل بذلك في عباراتهم وما قد يتوهم من ان
الاصل في تحقق الاهلية كما في بطلان العقد بل فعدم استصحاب بقاء الاهلية الى المنع يقتضي تجدد
التمسك بعموم الوفاء بالعقود ان الممنوع منه بعد الحجر هو المستلزم لامكان اخراج التصرف
سابق عليه كالفسخ بخيار ومطلقاً عيباً كان او غيره من غير خلاف اجده بين الاصحاب للاصل بعد الشك
في تناول الحجر لمثله وعدم معلومية كونه من التصرف في المال بل بالعقد وان آل الى المال ولان حقوق
الغرماء انما تتعلق بالمال على نحو ما يملكه المالك وقد ملكه متزلزلاً فلا يتعلق به حق الغرماء الا كذلك
ومقتضاه ان عدم اعتبار الغبطة في الفسخ بالخيار مطلقاً وعن المقدس الاردبيلي اعتبار الغبطة في الفسخ
في جميع انواع الخيار الا ما نوع تصرف في المال مطلقاً ولا وجه له اذ لو كان من التصرف في المال لا يجز فيه المنع
منه الا العيوب بشرط الغبطة الا انه يتم بناء فله اجمع في البيع ان الخيار حقاً ان حق المالك وهو التسلط
على الفسخ وحق الغريم متعلق بعين المبيع ولا ترجيح لاحدهما الا على الاخر الا مع الغبطة وبه منا قيد

وجزم

وجزم العلامة في القواعد باشتراط الغبطة في خصوص خيار البيع دون غيره من الخيارات وعلله في
بان العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال ويضعف تعلقه به كما
انه لا يعتبر فيه الغبطة بخلاف ما اذا خرجه معيباً وكانه يبني ذلك على انه ان الخيار في العيب لا
يتحقق بمجرد العقد الا بل به وبظهور العيب فالعقد قبل ظهوره لازم وحيث كان ظهوره بعد الحجر تعلق
حق الغرماء وجب مراعاة المصلحة في تقديم احد الحقين وظاهره المنع من لزوم العقد قبل ظهور العيب
بل ظهوره كاشف عن ثبوت الخيار في نفس الامر من هذا الوجه وجبر المثل الفرق بين
الرد بالعيب والخيار بان الخيار ثبت باصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف الرد
بالعيب فانه ثبت على طريق المصلحة فيتقيد بها وهو تكلف فان الثبوت باصل العقد متحقق في
الجميع واعتبار المصلحة ان كان بطريق الحكمة في التشريع جرى في الجميع ايضاً وان كان بطريق الشرع فهو
ممنوع في الجميع ولو قيل بان العيب لما اقتضى الخيار بين الرد والارش ثبت لرجحان احدهما
مالية وهي الارش فيتعلق حق الغرماء بالمال من تلك الجهة وحيث ان اخذه مناف لحق الخيار
والفسخ وجب مراعاة الغبطة في التقديم كان وجهاً وانه لم يخلو عن نظر والمتجه عدم اعتبار الغبطة
في الجميع ان المنع كما يتعلق بالاموال الموجودة حين الحجر فكذا بالمتجددة بعده على الاشهر
الاصحاب لعموم اختصاص الحجر وكون الغرض منه ايصال الحق الى المستحقين وهو لا يتم الا بالحجر على
المتجدد وعن فخر الاسلام اختصاص الحجر بالموجود وتوقف المص في حواشيه على ما حكي وموضع
البحث وعبر التحجير على المتجدد ولم يزل الطلاق التحجير عليه لا نصراف الاطلاق اليه وعدم والاظهر
منه عند ذلك لوجود المقتضي وانتفاء المانع والظاهر عدم الفرق في التحجير على المتجدد بين حصوله عن
الاتهاب وعدمه اذ لا يشترط في تحقق الحجر الا حصول الوجود خاصة وظهر من التحرير تعلق الحجر بالمتجدد
ما لم يف بالحقوق ومقتضاه وقوع الحجر مطلقاً وحيد مما فيه وغرماء الميت سواء في تركته
مع القصور ومع الوفاء كما صاحب العين اخذها في المشهور وقال ابن الجنيد يختص بها وان لم يكن
وفاء كالمفلس المشهور لان ما تقدم من اختصاص صاحب العين بها مطلقاً مختص بالحي المفلس اما

الميت فلا يختص بها الا اذا كان في التركة وفاء لجميع الغرماء وظاهرهم عدم الفرق في ذلك بين ان يكون الميت
قد مات محجوراً عليه لفلس اولا وفي جامع المقاصد ان هذا الحكم في الميت مفلساً لا مطلقاً وحكي
عن المص في حواشيه استشكاله لان فائدة الاختصاص مع الوفاء منافية لما دل على تحبيس الوارث في جهات
القضاء والمحكي عن ابن الجنيد الاختصاص مطلقاً كالمفلس وربما احتمل ذلك حيث يموت مفلساً والاقرب
ما عليه المشهور من التفصيل المذكور وعدم الفرق بين من مات مفلساً وغيره اما عدم الاختصاص
مع القصور فلا صالة تساوي حقوق الغرماء في مال الميت وتضررهم لولا التساوي لاختصار حقوقهم
بالتركة فلا يناسب الاختصاص ولا اطلاق ما دل على منعه على القصور وعلى قدره والحصص كخبر ابي بصير
لشموله لوجدان العين وفقدها واما الاختصاص مع الوفاء فلان الاتفاق واطلاق صحيح عمر بن ابي
ان لم يكن ظاهراً في الحي والطلاق مرسل جميل وهو ان تناوله صورة القصور الا انه مقيد بصحيح ابي
ولادة عن الصادق في رجل باع من رجل متاعاً الى سنة فمات المشتري الى ان يحل ماله واصاب البايع
متاعه بعينه اله ان ياخذه اذا خفي له فقال ان كان عليه دين وترك نحواً من دينه فليأخذ ان حق له فان
ذلك حلال له ولو انه لم يترك نحواً من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء ياخذ بحصته
ولا سبيل له على المتاع ويباع اموال الواجب بعد التحجير والمنع من التصرف فيه ما عدا المستثنيات
من اموال المفلس على غرمائه فان امكن ذلك من غير بيع فلا يحتم البيع سيما لو كان المال من جنس الحق
الذي عليه فانه لا وجه لبيعه وانما يباع لو تعذر القضاء بدون البيع فانه لا خلاف في لزوم
بيعه رضي المالك او لم يرض ويتولى ذلك الحاكم وانه متيقن الاجماع والاخبار كقول الصادق في خبر غياث
ان علياً كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى
باعه فقسمه بينهم يعني ماله ونحوه غيره من الاخبار وحيث يتولى بيعه فلا ريب في رجحان المباشرة
البيع له لان طول مدة الحجر وفي وجوبها وجهان من كون الحجر على خلاف الاصل فيقتصر على المتيقن
من الارتفاع ومن ان الاصل عدم الوجوب ولعل الوجوب اظهر الا مع حصول المفسدة بالتعجيل
ولا يدخر للمؤجل شيء لا خلاف في اشتراط الحجر بحلول الدين لعدم استحقاق ذي

الدين المؤجل قبل حلول الاجل فلو كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً حجر عليه مع قصور امواله عن الديون
الحالة وسوي الاداء بها وقسمت بينهم ولا يدخر للمؤجل شيء من غير خلاف ولا اشكال الا فيما لو
وقع حلول المؤجل بعد الحجر قبل القسمة فقد صرح جماعة منهم العلامة وولده الفاضل الشارح بالمشاركة
حتى لو قسم البعض شارك في الباقي فيضرب ذو الدين المؤجل بجميع دينه وباقي الغرماء بباقي ديونهم
فيما بقي ويشكل ذلك بما سبق من تعلق حقوق الغرماء باموال المفلس والدليل على مزاحمتهم ولذا لا يختص
صاحب الدين بما لو ظفر بها حق سائر الديون لو كان دينه مؤجلاً انتهى لو حل بعد الحجر لم يختص ويضرب
مع الغرماء ومع ذلك فالاقوى المشاركة ان التحجير انما هو لاستيفاء الديون والتاجيل مانع
الاستيفاء فاذا ارتفع اثر المقتضي اثره نحو ارتفاع مانع الكفر من الارث لو اسلم قبل القسمة
وتعلق حقوق الغرماء الموجودين من غير مانع من تعلق حقوق غيرهم من يشاركهم في سبب الاستحقاق
ولذا حكموا في المشاركة بين فيما لو تجدد دين قهري قبل القسمة كارش الجناية وعوض اتلاف
ونحو ذلك مما يكون ثبوت المشاركة فيها محل تردد او لا بد عند التامل ويحضر له متاع
في سوقه ظاهر العبارة وجوب ذلك مطلقاً مع رجاء الزيادة بالاحضار وعدمه ولا دليل عليه
بل لا وجه لاستحبابه فضلاً عن الوجوب مع القطع بعدم الزيادة وامكان بيعه بثمن المثل بدون
الاحضار واما مع رجاء الزيادة ففي جامع المقاصد لا يبعد الوجوب وهو اختيار الفاضل
الشارح معللاً بان احضاره في سوقه اكثر لطلابه واضبط لقيمته وهو كما ترى لا يفيد سوى
الاولوية والرجحان والاقرب ان احتمال الزيادة لا يوجب الحمل اليه مع حصول ثمن المثل بدونه
بل الاصل والبراءة الذمة من وجوب حمله ونقله لا يقال ان احضاره اصلح للغريم والمفلس والواجب
على الولي مراعاة الاصلح في تصرفاته بالمال المولى عليه للمنع من وجوب طلب الاصلح مع فرض
وجود المصلحة بدون الطلب وانما يجب هنا مراعاة الاصلح في الافراد الموجودة لقبح
ترجيح المرجوح ومن هنا يعلم ان ما ذكره الاصحاب هنا من اداب بيع مال المفلس من حضور الغرماء
والمفلس حين البيع والبدأة ببيع ما يخشى تلفه في نفسه ثم حيث عدم البدأة ومن

البداءة ببيع الرهن والتعويل على ما يقتضيه المفلس والغرماء ونحو ذلك مبني على الاستحباب كما صرح به كثير منهم اما على اعتبار رجاء الزيادة ولزوم مراعاته فينبغي الوجوب في اغلب ما ذكروا في جميعه فان رجاء الزيادة مما لا ينفك عنه غالبا ولذا ذهب المحقق الثاني والفاضل الشارح الى الوجوب في كثير مما اشرنا اليه من الاقوال لحظوظ الغرماء والمفلس لو رجا بخصوصهم زيادة القيمة وكالبداءة ببيع الرهن لو رجا زيادة فيتقدم حق المرتهن ليصرف الزايد الى باقي الغرماء وبحبس لو ادعى الاعسار حيث يثبت لا اختصاص لهذا الحكم بالمفلس المحجور عليه ولا بدعوى الاعسار بل يحبس الممتنع من الوفاء مطلقا بحبس اذا رفع امره الى الحاكم حتى يوفي او يثبت اعساره بالبينة او عجزها الا انه ان كان له مال ظاهر الزمه الحاكم بتسليمه فان ابى تخير بين حبسه حتى يؤدي بنفسه وبين اخذه اليه وصرفه الى الدين اما حبسه فللاجماع ولقولهم في الواجد يحل عقوبته وعرضه والمروي من ان فعل امير المؤمنين عليه السلام فيمن كان يلتوي على غرمائه واما اخذه ماله وصرفه الى الدين فلان الحاكم ولي الممتنع ولانه المروي عن فعل امير المؤمنين عليه السلام وان لم يكن له مال ظاهر تعين حبسه حتى يثبت اعساره ولو بيمينه حيث لا يكون الدين مالا بل جناية واتلافا ونحو ذلك لكونه منكرا باعتبار موافقته للاصل فيقبل قوله بيمينه ولو اقام والحال هذه بينة على اعساره ففي قبولها من دون يمين وجهان اظهرهما القبول وما في التذكرة من رجوعنا الى بينة الاثبات المقبولة عند الحاكم ولو من المنكر انما لو كانت الدعوى مالا فيقبل قوله في دعوى الاعسار مع عدم تصديق خصمه الا بالبينة لكونه حينئذ مدعيا تلف المال المعلوم والاصل عدمه ولا خلاف في قبول البينة مع اعلى الاعسار مطلقا سواء شهدت بتلف امواله او بطلق اعساره بل في الغنية الاجماع عليه على قبولها الا ان المعروف اشتراط اطلاعها على باطن امره بالمعاشرة حيث تشهد بنفس الاعسار نظرا الى انها شهادة على نفي الملك وهي لا تنضبط ما لم يثبت فان اعلم استنادها الى المعاشرة التامة والاطلاع علم الغير بعدم الحصر حتى تنضبط على حال لا يصير عليه من كان له مال كانت بينة اثبات مستلزمة للنفي ولا مانع من قبولها بخلاف

الشهادة

الشهادة على تلف امواله فانها بينة اثبات كسائر البينات لا يعتبر فيها سوى العلم بالمشهود به مطلقا بالمعاشرة وبدونها لامكان العلم بالتلف من غير صحبة ومجاورة كما هو ظاهر ومقتضى قبول البينة عدم تكليفه معها باليمين او لا يمين مع البينة وهو ظاهر كثير من الاصحاب لكن المحقق في الشرايع والعلامة في غير التذكرة جوزا مطالبة الغرماء له باحلافه مع البينة حيث تشهد باعساره لاحتمال ان له مال في الباطن وربما نسب هذا الى الاكثر وعكس في التذكرة فاعتبر انضمام اليمين مع الشهادة على التلف دون الاعسار وتبعه في ذلك الفاضل الشارح في المسالك نظرا الى ان مرادهم من الشهادة على تلفها انما هو تلف المال الظاهر اذ لا يمكن ان يكون المراد تلف الجميع بل اما حتى ما الاحاطة بتلف ولذا صرحوا بعدم كون الشهود من اهل الخبرة بحاله فلا بد من اليمين لانه يصير بهذه البينة كمن لا يعلم له اصل مال لكن يحكم مع احتمال الرواية والشهادة على الاعسار فانه حيث اعتبر كون الشهود منه من اهل الخبرة الباطنة فلا تفتقر الى اليمين لانه ذلك اقصى ما يمكن اعتباره في التفحص وفيه ما لا يخفى فان الظاهر من الشهادة على تلف المال ارادة تلف جميع امواله بحيث يتحقق معه الاعسار لا تلف مال مخصوص يصرح به مع كونه مدعيا وصيرورته منكرا والا لا تكفي بالبينة على تلف مال الدعوى خاصة بل تلف ما احتمل الاعلى حيث يحتمل كونه مال الدعوى وعينه لانقطاع استصحاب بقاء ما كان بيده من المال بذلك ايضا فيجب تصديقه بيمينه لكونه منكرا اذ لا استصحاب حتى تكون دعواه مخالفة للاصل بل هي موافقة لاصل العدم ولا يشبه ان حمل كلامهم على ارادة ذلك بعيد والزامهم بما لا يلتزمون به من توجه اليمين مع شهادة التلف بعيد ظاهر ولا يصلح تصحيحهم بعدم كون اعتبار شهود التلف من اهل الخبرة الباطنة قرينة على ارادة الشهادة على تلف المال الظاهر خاصة لما اشرنا من امكان الاطلاع على تلف المال الظاهر والباطن معا من غير جهة المعاشرة والملازمة ومع ذلك فلا وجه لمن وجه بسقوط اليمين مع البينة على الاعسار باعتبار استنادها الى الخبرة والمعاشرة وانه اقصى ما يمكن اعتباره شرعا في التفحص فان الخبرة والمعاشرة وان اوجبت الاطلاع على انتفاء المال ظنا كما يظهر من تعبير جمع من الاصحاب فينبغي عدم قبول البينة المستندة اليها مطلقا ولو بانضمام اليمين لاعتبار الجزم

في الشهادة شرعا واوله وان اوجبت القطع بانتفاء المال كما هو مقتضى الشهادة فيمكن ان تكون اليمين على وجه الاستظهار وحيث ان الطريقة المشهورة بروح نفي المال حدسي لا يدفع الاحتمال الخفي الا انه لا دليل بالخصوص هنا على يمين الاستظهار فيشكل ان وصل و انما حمل كلام الموجبين لليمين هنا على ارادة عدم التعويل على بينة الاعسار لكونها بينة نفي لكنها تفيد ظهور صدق المدعي للاعسار فيقدم قوله بيمينه لرجحانه بالظاهر هنا على الاصل كما في دعوى الزوجة الدخول مع الخلوة وهو غريب فان كلامهم صريح في قبول البينة هنا واعتبارها ولذا اعتبروا فيها الاستناد الى المعاشرة والخبرة المطلعة على الحال مع ان تقديم الظاهر على الاصل مقصور على موارده فلا وجه للتعدية ويظهر لي ان مرادهم من اليمين هنا ان الغرماء ان ادعوا على هذه البينة ان له مال عليه فقد جرح على البينة ولا يبعد سماع ذلك فلهم احلافه على نفي هذا المال كما هو ظاهر المحقق في الشرايع حيث قال وللغرماء احلافه دفعا للاحتمال الخفي وح فيمين انكار لا يمين استظهار وقد ترى اذا عرفت فينبغي التنبيه لامور الاول ان ظاهر الاصحاب ان اشتراط اطلاع البينة على باطن الامر بالمعاشرة مختص بما اذا شهدت على مطلق الاعسار ويظهر من الروضة عدم اشتراط ذلك ولو مع الشهادة على التلف الا ان يكون مالا منحصرا في اعيان مخصوصة فيكفي الاطلاع على تلفها وفيه مع انه مخالف لما عليه الاصحاب ظاهرا انه لا موجب لذلك في الشهادة على تلف المال او المعتبر الجزم بالشهادة وهو ممكن حصوله بعد المعاشرة وانما اعتبر في شهادة الاعسار لتحصيل الشهادة على الاثبات كما اوضحناه فلا موجب لاعتباره في غيره ومنه يظهر ضعف ما وقع به في جامع المقاصد من التسوية بين شهادتي الاعسار والتلف مع اشتراكهما في اعتبار اطلاع البينة على باطن الحال الثاني ان الاولى يعتبر مع ذلك اطلاع الحاكم على اطلاعها بخلاف الثاني بينة اذ لا شاهد على هذا الفرق الا ان يلتزم بما ذكرنا من توقف الاثبات المشهود به في بينة الاعسار على اطلاع البينة وح فيعتبر اطلاع الحاكم على اطلاعها بخلاف بينة التلف وح فيتوجه عليه المنع من توقف بينة التلف وحصول العلم على ما ذكر من الاطلاع حيث يعتبر اطلاع البينة والحاكم على اطلاع البينة فهل الاكتفاء الحاكم باخبار البينة باطلاعها او باعتبار بينة اخرى تشهد باطلاعها وجهان اقواهما الاكتفاء باخبارها قال في الروضة

ويعتبر

ويعتبر في الاولى اي بينة الاعسار مع الاطلاع على باطن امره بكثرة مخالطته وصبره على ما لا يصبر عليه ذوي اليسار عادة ان تشهد باثبات يتضمن النفي لا بالنفي الصرف بان تقول انه معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه ونحو ذلك وهل يتوقف ثبوته مع البينة مطلقا على اليمين قولان وانما يحبس مع دعوى الاعسار قبل اثباته لو كان اصل الدين مالا كالقرض او عوضا عن مال كثمن المبيع فلو انتفى الامران كالجناية والاتلاف قبل قوله في الاعسار بيمينه لاصالة عدم المال وانما اطلق المصنف الحكم الاعلى مقام الدين في الكتاب انتهى وفي مواضع للنظر منها قوله بان تقول انه معسر لا يملك الخ فان هذا لا يصير الشهادة بينة اثبات والا لاكتفى بقولها انه معسر اذ لا معنى للمعسر الا من لا يملك شيئا الا قوت يومه فالظ انه لا يتحقق الاثبات الا بشهادتها على اطلاعها على حاله واختبار احوال الزمانية فوجدته على حالة لا يصبر عليها غير المعسر ومنها قوله وهل يتوقف ثبوته مع البينة مطلقا على اليمين قولان واراد بالاطلاق ما يعم بينة الاعسار والتلف مع انه لا قائل باليمين مع بينة التلف والاعسار جميعا بل الاقوال ثلثة ثبوت اليمين مع بينة الاعسار دون التلف وعكسه وسقوط اليمين بعدهما معهما ويمكن ارادة القولين في كل من البينتين لا على الاجماع والامر هين ومنها اعتذاره عن المصنف حيث اطلق حبس المديون وان ادعى الاعسار حتى يثبت بان مراده حيث تكون الدعوى مالا وانما اطلق اعتمادا على الدين مقام فيه ان مراد المصنف من الثبوت ما يعم الثبوت بالبينة او اليمين وح فيصح اطلاق المصنف ان مدعي الاعسار يحبس حتى يثبت فان المديون يحبس مطلقا وان ادعى الاعسار الا ان يكون يثبت اعساره بالبينة ان كانت الدعوى مالا او اليمين ان لم تكن وكون القول قوله في دعوى الاعسار لا يمنع من حبسه لو امتنع من اليمين في تلك الحال كما انه لو كانت الدعوى مالا وكانت معه بينة على الاعسار لم يحبس وانما يحبس مع تأخر البينة وعدم حضورها فاذا ثبت اعساره خلى سبيله ومن على عام ان شئتم اوجروه وان شئتم استعملوه وهو يدل على وجوب التكسب واختاره ابن حمزة والعلامة في المختلف وبعض الشيخ وابن ادريس والاول اقرب المراد من تخلية سبيله عدم حبسه سواء وجب التكسب عليه او لم يجب وفي الروضة ما يفيد ان معنى تخلية السبيل انه لا يجب عليه التكسب وهو مع انه خلاف المفهوم منه عرفا لا يلائم حكم المصنف اخيرا بوجوب التكسب وكيف كان فلا خلاف في ان

من شاء غناه وجب انتظاره لقوله تعالى فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولقول الصادق عليه السلام في خبر غياث عن الباقر عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يحبس الرجل فاذا تبين له افلاسه وحاجته خلى سبيله حتى يستفيد مالا او عن ذلك مما ورد من الحث على انظار المعسر والامر به ومقتضاه عدم وجوب التكسب عليه فضلا عن الزام به وهو قضية ما سبق من الاكتفاء بالوجود او بيسر عليه كما العلامة المشهور بين الاصحاب بل عن ظاهر نفي الخلاف عن انه يجب عليه قبول الهبة والوصية والاحتشاش والاحتطاب والاغتنام وعن التذكرة الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وحبسه وعللوا عدم قبول الهبة ونحوها بانها من تحمل المنة وبعضه ذلك ان منقصة للغرماء المرء لا يعد مالا ولذا لا ينتقض بالعوات وانما يكون مالا بالاحيازة لا قبلها فلا يتعلق بها حق وح فلا يكون وفاء الدين واجبا مع المطالبة الا مع اتفاق اليسار لكن ورد في خبر السكوني عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول اصنعوا به ما شئتم ان شئتم اوجروه وان شئتم استعملوه وفي خبر عن الرضا عليه السلام قال في آخره يسعى له في ماله فيرده عليه وهو صاغر ومقتضاه وجوب السعي عليه في نفسه وتسلط الغريم على الزامه بالسعي والتكسب ولو باجارة نفسه واستعماله وهو خيرة ابن حمزة في الخلاف والمعتمد هنا ووافقه الدروس والفاضل الشارح وقواه في جامع المقاصد الا انه بين مطلق وجوب التكسب ومقيد له بما اذا كان من عادته ايجار نفسه او يجب الاستعمال معللا بوجوب الاكتساب مع القدرة عليه لوجوب قضاء الدين مع المطالبة والقدرة على الوفاء والمكتسب قادر ولذا تحرم عليه الزكوة فلا يكون معذورا وحملا على انظار المدين المعسر من ابن داود والخبر لعدم الاعسار وهو قوي لولا ضعف الخبر المذكور ومخالفته للاصل والشهرة وما سمعته عن ظاهر نفي الخلاف الظاهر كونه بين المسلمين من عدم وجوب قبول الهبة والوصية والاحتطاب والاحتشاش والاغتنام ومن التذكرة من الاجماع على جواز مطالبته وملازمته وحبسه وما اشرنا اليه من الآية والروايات الآخرة بانظار المعسر الى حصول اليسار اولا حقيقة للمعسر لغة وشرعا الا من فقد المال وتعسر الوفاء عليه سواء تمكن من الاكتساب او لم يتمكن كان من عادته الاكتساب او لم يكن فان ذلك لا يخرجه عن تعسر الوفاء لعدم المال ومنع المكتسب من الزكوة حيث يفي

بمؤنته

بمؤنته لدليل الحاضر العينى في المنع لا لعدم اتصافه بالاعسار وح فلا يجب مطالبته وملازمته فضلا عما دل عليه الخبر من ايجاره ولا يلزم الغريم عليه بايجاره واستعماله فانه كما قال في السرائر مخالف مذهبنا والحكم الشرعي بل ضرورة منا فانه لما دل على التاخير والانظار الى حصول اليسار ونفى فلا يجب عليه التكسب وح الاكتساب لوفائه ومنه وان لم يحل مطالبته بذلك وملازمته فظاهر الاول وجوب وفاء الدين مطلق حينئذ بحصول اليسار وفاقا له وقد يقال فيه لو تحصيله بالاكتساب وجب ولا يباح وجوب الانظار الى الميسرة فانه لا يدل على عدم وجوبه بل تحصيلها لوفاء الدين الواجب مع احتمال عدم وجوب وفاء الدين قبل المطالبة ممنوع بل هو واجب مع الاان يجب المبادرة اليه بالمطالبة فيعصي بالتاخير كما هو مفاد النصوص والفتاوى وانما يحجر على المديون اذا قصرت امواله عن ديونه الحالة فتفي اشتراط قصور ما عدا المستثنيات من امواله عن الديون في جواز الحجر فلو لم تكن قاصرة فلا حجر عليه وان امتنع من الوفاء او ظهر عليه امارات الفلس كنفقته ولو من رأس المال بل الحاكم يأمره بالوفاء فان ابى تخير الحاكم بين حبسه ليوفي بنفسه وبين بيع ماله قهرا ان لم يكن مجانسا للدين ولو تصرف المالك بها قبل وفاء الحاكم منها نفذ تصرفه لانتفاء الحجر والمراد من امواله ما يعم الاعيان والديون والمنافع ومنها معوضات الديون وانحصار الاربابها انتزاعها بعد الحجر الا انها قبله من امواله فيعتبر دخولها ونقصها عن الديون في الحجر وعدمه ولا فرق بين امواله الحالة والمؤجلة والحاضرة والغائبة وان لم يكن متمكنا من دفعها للغرماء ولو كان له مال معفو او مجحود ففي احتسابه وجهان وطلب الغرماء الحجر انما يجوز الحجر مع طلب الغرماء لكون الحق لهم فلا حجر مع عدمه للاصل ولو كانت الديون لمن للحاكم الولاية عليه كالايتام جاز الحجر لقيام اولويته الحجر مقام طلب الغرماء من حيث الولاية وحجره من حيث الحكومة ولا فرق بين طلب الغرماء كلا او بعضا حيث يكون دين البعض الطالب يزيد على اموال المدبون وان عم الحجر له ولغيره وعن التذكرة جواز الحجر بمطالبة البعض مطلقا ويدفعه الاصل ولو طلب المدبون الحجر عليه لم يحجر للاصل السالم عن المعارض عدا خبر معاذ وهو عامي لا يجتهد وان استقرب في التذكرة الجواز ويشترط حلول الدين او وجه في اشتراط حلوله ظاهر وهو عدم استحقاق المؤجل قبل حلول اجله فليس له المطالبة وح فالمعتبر

فضول اموال المدين عن الديون الحالة فلو وفت بها فلا يحجر وان قصرت عن المجموع ولا يدخل المؤجلة بالحجر ولو حلت قبل فكه من الديون الحالة ولو قلنا بحلولها بالحجر اعتبر قصور المال عن ما حل قبله وقد سلف ان حلولها بالفلس موجب للشك ولو كان المعتبر قصور المال عما حل قبل الحجر ولا يباع داره ولا خادمه ولا ثياب تجمله ظاهر ابن الجنيد بيعها واستحب للغريم تركه والروايات متظافرة بالاول بل يجب على المدين دفع جميع ما يملكه في قضاء الدين عدا دار سكناه وخادمه للنص والاجماع بقسميه وخلاف الاسكافي شاذ وما في بعض الاخبار من حكاية عمر بن يزيد من بيع العقار والدار قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول مطل المؤسر ظلم للمسلمين وان لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل عليه محمول على التقية لان بيعها مذهب العامة او على المؤسر المماطل او على غير دار السكنى والخادم حاجته لذلك ونحوه وادعى الاجماع في الغنية على استثناء دابة ركوبها ولا خلاف في استثناء ثياب المحتاج اليها في وقته وكسوة عياله والواجب النفقة عليهم للضرورة ولا في استثناء قوت يوم من ايام الحجر ليوم القسمة له ولهم والظاهر استثناء كل ما في بيعه ضرر وعسر وحرج على المدين لنفي الضرر والعسر والحرج في الشريعة ولصدق المعسر على من لم يجد غير الضرورات لان المراد من العسر في الكتاب معنى الضيق والشدة عليه لو اراد الوفاء وهو متحقق لو لم يتمكن من الضرورات والظاهر الاجماع المحكي في التذكرة حيث قال شرط الاخذ عندنا ان لا يكون مما يحتاج اليه المفلس في ضروريات معاشه ويعضده التعليل في صحيح الحلبي الوارد في الدار والخادم قال لا تباع الدار والجارية في الدين لانه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه وانفاق الاصحاب ظاهرا على التعدية في الاستثناء الى غير الدار والخادم في الجملة مع خلو النصوص عن غيرهما وانهم اختلفوا في عدد المستثنى الا ان المناط الضرورة على ما يستفاد من كلماتهم حتى نقل عن بعض الكتب العلمية كما استثنى ذلك من الاستطاعة في الحج وهو غير بعيد مع الاحتياج اليها فان الضرورة الدينية اعظم من الدنيوية والظاهر ان المدار على الضرورة من حيث الاحتياج لا من حيث الشرف على الا ان يكون بحيث لو اخذ منه لا دى الى تشنيعه الى الفاقة وتعفر المروة او الى الاخلال في معيشته فلا يبعد انه يجب استثناؤه الظاهر على نحو ما سلف في الاستطاعة ويلاحظ في الضرورة والاحتياج نوعها كان بحسب الصنف او

التخصص

التخصص فلا يؤخذ منه ما يضطر اليه في مشربه ومأكله او مما يلحق به فيقتصر ما اعتاده من قهوة او تنباك او نحوها للعسر ونفي الضرر فظهر ان المستثنيات غير منحصرة في عدد مخصوص وان المدار على صدق الاعسار الصادق على من لم يتمكن من غير الضروريات المختلفة بحسب اختلاف الاشخاص والاوقات ولعل التنصيص في الاخبار على خصوص الخادم والدار لامكان الاستغناء عنهما في الجملة وعدم ظهور الاحتياج اليهما على وجه يزاحم حق الغرماء ولذا لو لم يكن له دار وخادم لم يشتر له منهما على الاشهر الاظهر خلافا للتذكرة فيكون التنبيه عليهما بالخصوص في النص والفتوى من التنبيه بالادنى على الاعلى ولذا علل استثنائهما بالابدية والاحتياج منهما ومن الاحتياج الموجب لصدق الاضطرار اليه عادة لزم استثنائه لحديث الضرر اذا تقرر هذا فيجب التنبيه لامور الاول يعتبر في الدار احتياجه لسكناها ولائقيتها لحاله كما وكيفا كما يعتبر نحو ذلك في الثياب والخادم فلو استغنى عن الخادم فلا استثناء وفي سقوط الاستثناء بانه قام الحاجة ببعض الاوقات الخاصة وبالاستغناء بخدمة ام الولد عن المملوك وجه ولو احتاج الى المتعدد استثني كالمتحد ويباع ما زاد على حاجته من المتعدد ومن الدار الواسعة التي لا تليق بحاله ما ليس يسعها وظاهرها الرد ولو كان عنده نفائس المستثنيات فان كانت لائقة بحاله لم يلزم بيعها واستبدالها باقل منها وان كان الافضل لا يليق بحاله والاوجب بيعها وصرف ما زاد عن قيمة ما يليق بحاله في ديونه ويحتمل صرف الجميع كما لو تبرع ببيعها وعن التذكرة عدم لزوم بيع النفائس مطلقا للاصل واطلاق المنع من بيعها والاحكام في باب الدين نفسه بما اذا كانت الانفائس بحاله وما ذكرناه يحتمل ان اللازم في الثياب كما في غيرها الاقتصار على ما تندفع به الضرورة فاستثناء ثياب التجمل كما في العبارة او دست الثياب كما في غيرها غير متجه وينبغي الجزم بعد استثناء ما كان من حلي النساء انها وانكانت من اهل الشرف والاعتياد وكذا لا يستثنى ما كان من الفرش كالبساط والحصر والبواري الا ما خرج الاضطرار اليه بحيث لا يمكن من غيره فيقتصر على اقل ما تندفع به الضرورة وكذا الحال في الاواني والصنوف والظاهر الحاق بيوت الاعراب من الشعر والقصب بالدار في المنع من بيعها التاسع لا فرق في المستثنيات بين ان تكون عين مال الغرماء او غيرها على ما يقتضيه اطلاق فتاوي

الاصحاب بل لعل ظاهر التذكرة والمسالك الاجماع وان نسب الخلاف في الاول الى احمد لكن في الخبر كما عن
حواشي المحقق الثاني الاستشكال في ذلك قيل ولعل وجهه تعارض العمومات بل ربما كان عموم الاستثناء ظاهرا
في غير محل الفرض فيكون دليل الفسخ بلا معارض فلذا دليل الفسخ معتضد بما دل على انه بعد الحجر ودليل الا
مطلق فلا تتوقع الاعيان من يده قبل الحجر كما لا تباع فيكون حق المالك الديون سابقا على حق الغرماء
والحجر انما تعلق بما عدا المستثنيات فلا وجه لفسخها كما لا وجه لبيعها ولا يجري تعلق حق الغرماء به مجرى
تعلق حق المرتهن بها كما لا يخفى الثالث لو لم تكن الاعيان المستثنيات موجودة لم يستثن له قيمتها
عدا النفقة له ولعياله الواجبي النفقة وكسوتهم خلافا للمحكي عن ظاهر التذكرة حيث قال ان كل ما ترك له
اذا لم يوجد في ماله اشتري له وهو مشكل لعدم انصراف ادلة استثناء الاعيان الى قيمتها والاصل
عدم التخصيص ولو قدر على تحصيل المستثنيات بالاكتساب لم يسقط الاستثناء الرابع يستثنى من الدين
ايضا كفن الميت نصا واجماعا وكذا تجهيزه من سدر وكافور وماء غسل وكفن ذو حنوط وتجهيزها
لكونه من الانفاق اولان المناط الحاجة والضرورة والاحتياج الى مثل ذلك اعظم من النفقة الخامس
لا فرق في استثناء المستثنيات ولزوم انظار المعسرين بين انفاق الدين في طاعة الله او معصية ولا
بين ان يكون الدين لمعين او غير معين كالزكاة والخمس والكفارة والنذور ولا بين القابض والمتلف
وغيرهما عملا بما يقتضيه اطلاق النصوص والفتاوى ولا يندرج في ذلك الحج لو اخره عن عام الاستطاعة
للفجور والتردد لزوم قضائه مطلقا وفي بعض النصوص الضعيفة عن الرضا عليه السلام ما يدل على التفصيل بين
الانفاق في الطاعة وللمعصية فيلزم الانظار في الاول دون الثاني وعن الصدوق ثم الصدوق في العلل
بذلك وهو غير متجه نعم لو قيل بجواز مطالبة المعسر لو كان الدين في نفسه معصية كالرشوة والغصب لم
يكن بعيدا عن الصواب   القسم الثاني دين العبد لا يجوز التصرف فيه ولا فيما بيده الا باذن
السيد اما عدم جواز تصرف العبد فيما بيده من الاموال بدون اذن السيد فمما لا خلاف فيه ولا
اشكال فان ما بيده اما ملك للسيد او محجور عليه فيه كما مر وكذا لا يجوز له التصرف بنفسه في غير ما
جرت العادة باغتفاره من ضروريات تعيشه وحركاته ونحو ذلك مما قضت السيرة فيه بعدم

التوقف

التوقف على اذن المالك   القسم الثالث دين الصبي المملوك عبدا كان او امة قنا كان او مبعضا
بالحرية كالمدبر وام الولد وفي اندراج المكاتب بقسميه في هذا القسم نوع خفاء لعدم منعه من التصرف
بما يتعلق بالاكتساب فلا يثبت له الاحكام الاتية الا ان يحصل عقد الكتابة من المالك اذنا في الاستدانة
وغيرها وكذا الحال في المبعض فان له الاكتساب ان كان ما يكتسبه مشتركا بينه وبين مولاه الا مع
فان السيد منعه من التصرف في نوبته   لا يجوز التصرف فيه ولا فيما بيده الا باذن السيد اما عدم جواز
تصرفه فيما في يده فلما عرفت من انه مملوك لسيده فلا يجوز له التصرف فيه الا باذنه كما لا يجوز له التصرف بنفسه با
بيع او نحوه بدون الاذن ولو قلنا بملك العبد فلا يجوز ايضا لكونه محجورا عليه فلو تصرف بدون
الاذن بقي موقوفا على اجازة المالك واما عدم جواز تصرفه في الدين في الاستدانة فللحجر المستفاد
من نفي القدرة له على شيء كما ليس له الشراء في الذمة ونحوه الا باذن المالك او اجازته وظاهر
الاصحاب عدم الخلاف في ذلك واما ما حكي في التذكرة عن بعض الشافعية القول بصحته لكونه ما اقال
وان كان لا يملك شيئا فاذا تصرف في ذمته على وجه لا يتضرر به السيد جاز كالحر المعسر ففيه
المنع الحجر عليه في تصرفه في الذمة وهو مخصص لعموم نفي قدرته على شيء من الكتاب والسنة من غير
مخصص ولذا كان المعروف منعه من الضمان التبرعي وان حكي في التذكرة جوازه مع ان معاملته
علما في الذمة شراء او استقراضا ان كانت على وجه يتبع به قبل العتق فلا ريب في معارضته
لحق المولى وتضرره وفساد ما ادى الى الضرر وان كان بعد العتق لو فرض حصوله فهو سفه من
المعامل له فلا ينبغي جوازه ومما ذكرنا يعرف بطلان ما قاله البعض في عقد من العقود لعموم منعه
من سائر التصرفات بعد ما قضت به السيرة من اغتفار ضروريات تعيشه وحركاته اعتياده
العرف وما المراد مع الغير على وجه لا يؤدي الى تفويت حق المولى واحتمال ان الاستدانة مستثناة في
العقد من الكلام الغير ممنوع ممنوع فتم   فلو استدان باذنه فعلى المولى وان اعتقه او استدان
العبد بدون اذن السيد يتبع به بعد العتق ان لم تكن العين قائمة او اتلفها المولى او غيره
واما اذا استدان باذنه فعلى سيده ما لم يعتقه وان اعتقه فالمشهور انه كذلك وذهب الشيخ في بعض

الا انه في ذمة العبد وتبعه ابن البراج وابو الصلاح مستثنيا ما اذا كان الاستدانة بحيث للسيد فانه
يلزمه القضاء على ما حكاه في المختلف ومنه ظهر ان موضع الخلاف الاذن في الاستدانة سواء اذن
له بان يستدين لنفسه او لسيده كما يقتضيه اطلاق عبارة الشيخ وغيره والا لم يحسن الاستثناء والتفصيل
من ابي الصلاح فان الوجه والمسائل الحسن انه لو كانت الاستدانة للمولى فهو عليه قولا واحدا مقصور
فيه وان وافق في ذلك وغيره فمحل الخلاف على ما اذا اذن له في الاستدانة لنفسه وتشبه ذلك باطلاق
العلامة في الخ وهو وان كان المتجه فيما لو اذن له في الاستدانة لمولاه الزام المولى مطلقا باعه او استبقاه
او اعتقه لكونه بمنزلة الوكيل في الاستدانة لكن لا استبقا و للقول بالزام العبد لكونه المستدين على
ذمته وهو بحكم اموال المولى لمولاه ولذا كان محجورا عليه في التصرف بها فلو صرح له المولى بذلك ما به
حال استدانة على ذمته لم يكن ممتنعا فكذا لو اطلق له الاستدانة له والاقوى ما عرفت من فهم
التوكيل من اطلاق الاذن في الاستدانة للمولى بل لو صرح بكون المشغول هو العبد وان الحوالة
للمولى متقبل لكان اذنا في دين فاسد فان مقتضى الدين وجوب ادائه على من اشتغلت به لا على غيره
ولا فرق بين العبد والاجنبي في ذلك فلا اشكال في الزام المولى لو كانت الاذن مقصورة على الاستدانة
للمولى او لمصالح العبد الواجبة على المولى كالانفاق على العبد بالمعروف او لمصالح التجارة المأذون فيها
لقيام التوكيل والاستنابة في جميع ذلك اما لو اذن له بالاستدانة لنفسه في غير ذلك فمقتضى الاصل
براءة ذمة المولى من دين العبد لعدم كونه ثم التوكيل والنيابة من مجرد الاذن بالاستدانة سيما لو
صرح بالاذن في استدانته على ذمته فان فائدة الاذن ح لا تكون سوى رفع الحجر عنه في التصرف بعد
كرفع الحجر عن السفيه والمفلس المأذون في التصرف الا ان المعروف بين الاصحاب الزام المولى بدينه
لو اذن له مطلقا باعه او اعتقه بلا خلاف فيه في غير صورة العتق عملا باطلاق صحيحة ابي بصير عن ابي جعفر
في الرجل ياذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال ان كان اذن له ان يستدين فالدين على مولاه
وان لم يكن اذن له ان يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين لكن في خبر عجلان
عن الصادق ع في رجل اعتق عبدا وعليه دين قال دينه عليه ولم يزده العتق الا خيرا وفي خبر ظريف

بناء

بناء الاكفاء عنه عن انه سئل عن غلام كنت اذنت له في الشراء والبيع فوقع عليه مال الناس فقال ان
ان تعتقه لزمك ما عليه وان اعتقه فالمال على الغلام وهو مولاك ونحوه المروي عن بحار الجمع والرض
بينها وبين الصحيح المتقدم في المأذون بالاستدانة عموم من وجه فان مقتضى الصحيح ان الاذن مناط
ضمان المولى باعه او اعتقه ومقتضى الخبرين ان العتق مناط ضمان العبد اذن له المولى او لم ياذن وحمل
على صورة عدم الاذن ينافيه التفصيل بين البيع والعتق واحتمال ان ضمان المولى مع البيع مع عدم الاذن
للمحيلولة بينه وبين اصحاب الدين ممنوع اذ لا حيلولة بعد فرض تعلقه بذمة العبد وانه يتبع به بعد
العتق والاولى حمل الخبرين على صورة الاذن بالاستدانة للتجارة وح يلزم تقييد اطلاق ضمان المولى
في الصحيح بغير صورة العتق لكن لا ينهض في الخبرين في تقييد اطلاق الصحيح لضعفهما سندا ودلالة
مخالفتهما للشهرة ولاطلاق بعض النصوص القاضية بان الضمان على المولى مطلقا وان لم ياذن ولما قيل من
ابهامها الاذن والتوكيل ولاستصحاب ضمان المولى الثابت قبل العتق فليتدبر   وليس له
الاستدانة بالاذن في التجارة فيلزم لو تلف يتبع به بعد عتقه على الاقوى وقيل يسعى فيه العبد معجلا
لا ريب في ان الاذن في التجارة لا يقتضي الاذن في الاستدانة الا مع شهادة قرائن الاحوال او قضاء
العرف والعادة بذلك كما لو امره بالاتجار من غير دفع مال اليه فانه يقتضي الشراء في الذمة او يتوقف
حمل التجارة او حفظها على الاستدانة لنفوذ ما في يده من المال او عدم كفايته فان الاذن في التجارة ح
متضمن للاذن في الاستدانة لكون الاذن في الشيء اذنا في لوازمه عرفا فيتعلق دينه بذمة المولى لكونه
كالنائب عنه والوكيل فيلزمه اداؤه من ماله مطلقا اما لو لم يكن ماذونا صريحا ولا ضمنا فاستدان فان كانت
العين باقية ردها الى صاحبها لبطلان الدين وان تلف بيده يتبع بها بعد العتق لا سبيل له على المولى
مطلقا علم المدين بعدم الاذن او لم يعلم وهو اختيار المصنف والاكثر ومنهم الشيخ في غير النهاية واحال الزامه
ذمة المولى من الدين لعدم الاذن لم يكن ماذونا في التجارة ولو فرض التلف بيد العبد فيتعلق الضمان
به ولا موجب لتعلقه بذمة المولى واضاف في بعض استسعاء العبد به معجلا وما فيه من حمله على ما اذا
لم يعلم المدين بانه غير ماذون وفي هذا القول مخالفة للقواعد الشرعية من وجوه من وجوب الحمل على المولى

والفرض عن انتم باذنه ومن حصره وثانيه قبل العتق بالاستسعاء ودفع غيره من اموال سيل ولكن يؤدي جملة من الخصوص ما يدل على الاستسعاء العبد بديته كصحيح ابي بصير المتقدم وخبر دريح بن عبد الرحيم عن الصادق عليه السلام في رجل مملوك استتجره مولاه فاستهلك مالا كثيرا فقال ليس على مولاه شيء ولكنه على العبد ويسعى فيه وخبر ابي جعفر عليه السلام في رجل مملوك وليس لهم ان يبيعوه لكن يستسعى وان حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد ومونته وهب عن ابي جعفر عليه السلام في مملوك يشتري ويبيع قد علم به مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه قال يستسعى فيما عليه الا انه لا اصل احد فيها على الصحيح بذلك في صورة عدم الاذن فيمكن حمله على صورة الاذن لكونه الاستسعاء برضى الطرفين كما يمكن وحمل الجميع على صورة عدم الاذن ويكون الوفاء بالاستسعاء مشروطا برضى المالك ولعل في قوله عليه السلام وان حجر عليه مولاه اشارة الى ذلك وبنى الفاضل الشارح على ان الدين هنا لمصالح التجارة وان ما اكثر مختص بما في يده والاستسعاء تبرع فصور ولا يلزم المولى من غير ذلك وم جعل الى حمل الاخبار على صورة الاذن الضمنية وان الوفاء حتى يقتصر بما ذكره وهو كما ترى فانه مع مخالفته لصريح قوله عليه السلام وان لم يأذن له لا يظهر وجه للفرق بين الصريح والضمنية في تعلق الدين في الاول لذمة المولى مطلقا وتعلقه في الثانية لبعض اموال الرواية هذا ما اولى من حمل الشيخ على صورة عدم الاذن في الاستدانة مطلقا لكن الاذن في التجارة اوجب الحكم بالاستسعاء لتحجير لعوده بالاذن في التجارة وان كان المنع من العود مشتهما سيما لو علم بعلمه الاذن فلذا افضل ابن حمزة والاقوى ما عليه الاكثر من عدم الرجوع على المولى مطلقا مع انتفاء الاذن وحمل النصوص المذكورة على بعض ما اشرنا اليه او غيره مما لا يخالف القواعد الشرعية والاقتصار على اطراحها ولو اخذ المولى ما اقترضه المملوك تخير المقرض بين رجوعه على المولى وبين اتباع العبد بعد العتق واليسار لا اشكال في هذا التخيير لفساد القرض بدون الاذن وثبوت يد كل من العبد والمولى على المال بغير حق فان كان الرجوع قبل التلف فلا كلام انهما شاء بالمطالبة حقا العبد والمولى وبالمثل او القيمة عند تعذر الرد وان كان بعد التلف رجع على ايهما شاء بالمثل او القيمة فان رجع على المولى قبل عتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان اعتق لعدم تعقل ضمان العبد لمولاه

اذ لا يثبت له على ماله مال وان رجع عليه بعد عتق العبد رجع المولى عليه ان استقر التلف بيد العبد او كان المولى مغرورا بقبضه بان ادعى العبد انه ماله والا فلا رجوع وان رجع على العبد بعد عتقه ويساره رجع على المولى ان استقر التلف في يده ولم يكن مغرورا والا فلا رجوع واحتمال عدم رجوع المولى لو رجع عليه بعد عتقه لاعتكوف عتق العبد نظرا الى ان الثبوت انما كان حال الرقية التي لا يتعقل معها الرجوع كاحتمال عدم رجوع العبد بعد العتق لو رجع عليه لتعلق الحق بذمته حال الرقية يدفعهما منع ثبوت حق الرجوع قبل الرجوع عليه

كتاب الرهن وهو وثيقة للدين قد يسر الرهن لغة بالحبس ومنه كل نفس بما كسبت رهينة وبالثبوت والدوام ومنه قولهم نعمة راهنة وتعريفه المصنف وغيره من الاصحاب له بالتوثيقة انه يعني العين المرهونة كما هو الشايع من اطلاقه عليها عرفا وهو مغاير للمعنى المصدري لغة فينبغي ان يكون من المنقولات ومعنى الحبس هو الانسب بالنقل عنه فيكون الرهن بمعنى العين المحبوسة لوفاء الدين لا حبسها كذلك وفي كون النقل شرعيا او عرفيا وجهان اظهرهما الثاني ويحتمل التسامح في تعريفه بالتوثيقة لو تعقد وبي اريد به الاستيثاق والحبس المخصوص او العقد المفيد لذلك كما هو الانسب بعدّه من العقود والامر فيه هين وليس الغرض من نحو هذه التعاريف بما ذكر سوى الاشارة الى المراد منه وتمييزه في الجملة عن سائر العقود لا التعريف بالكنه الحقيقي فلا يرد عليه ان التخصيص بالدين منافٍ لما عليه المصنف وجماعة من جواز الرهن على الاعيان المضمونة كالمغصوب والمقبوض بالسوم والعارية المضمونة وعلى درك المبيع او الثمن مع امكان ان يراد من الدين ما يعم المحقق والمقدر كما لا يرد عليه صدق الاستيثاق بالعارية والوديعة ونحو ذلك مما يمكن اخذه مقاصة لو امتنع المديون من الوفاء للمنع من صدقها ولعدم الجعل لاجل الدين على مثل ذلك ولا اثر للمناقشة اللفظية من حيث الاخبار بالمؤنث وهو الوثيقة عن الضمير المذكور للمنع من كون التاء للتانيث لاحتمال النقل كما في تاء الحقيقة ولان مرجع الضمير مذكر لفظا ومؤنث معنى فلا مانع من الاخبار عنه بالمؤنث باعتبار المعنى

والايجاب رهنتك او وثقتك او هذا رهن عندك او على مالك وشبهه يستفاد من العبارة ونظائرها ما صرح به بعض الاصحاب من الاكتفاء في

صيغ الرهن بكل ما قصد به عقد الرهن من الالفاظ من غير اعتبار لفظ مخصوص فلا فائدة في جواز عقده بالجمل الاسمية كهذا رهن او وثيقة عندك ونص في التذكرة والدروس على جوازه بغير العربية مع امكانها وفي الاخير على جوازه بلفظ الامر بان يقول خذه على مالك او بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى اعطيك مالك فاراد الرهن جاز ولو اراد الوديعة او اشتبه فليس برهن وعلل ذلك في المسالك بان الرهن ليس على حد العقود اللازمة لانه جائز من طرف المرتهن فترجيح جانب اللزوم ولزوم ما يعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجح خصوصا مع ما سلف من الكلام على اعتبار ما ذكروه في العقد اللازم ويرد ان تغليب جانب الجواز ليس باولى من تغليب جانب اللزوم الحاصل من قبل الراهن بل تغليب اللزوم اولى لان الاصل عدم ترتب السبب وعدم لحوق احكام الرهن الا في موضع اليقين ولا اقل من عدم تغليب احد الجانبين

والايجاب هنا والمطابقة كل حكمه فيقتصر في الايجاب على المتيقن ويكتفي بكل ما دل على القبول وتكفي الاشارة في الاخرس او الكتابة او وثقتك او هذا رهن عندك او على مالك وشبهه فظهر من كثير من الاصحاب ان الرهن لا يعتبر في ايجابه وقبوله ما يعتبر في غيره من العقود اللازمة كالبيع وشبهه من الفعلية والماضوية والصراحة والعربية والاقتصار على لفظ مخصوص بل يكتفي فيه بكل ما قصد به عقد الرهن وافادة من الالفاظ حتى صرح في التذكرة والدروس بجواز عقده بغير العربية مع الاختيار وزاد في الدروس جوازه بلفظ الامر بان يقول خذه على مالك او بمالك فهو رهن قال ولو قال امسكه حتى اعطيك مالك فاراد الرهن جاز ولو اراد الوديعة او اشتبه فليس برهن واتفق الجميع على جوازه بالجمل الاسمية بان يقول هذا رهن عندك او وثيقة على مالك ونحو ذلك قال الفاضل الشارح والتمام يخص هذا العقد في العقود اللازمة ولا في الماضي لانه جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه فغلب جانب الجواز مطلقا ولا يخفى ما في هذا التعليل فان جانب الجواز في طرف المرتهن معارض بجانب اللزوم في طرف الراهن والترجيح بما ذكره من القصد الذاتي غير معقول بل العمل الترجيح لجانب اللزوم لموافقته للاصل ولا اقل من عدم الترجيح لاحد الجانبين فيعطى كل حكمه فيقتصر في الايجاب

على المتيقن من الالفاظ ويكتفي في القبول بكل لفظ ويمكن ان يكون وجه المسامحة في صيغ الرهن ثبوت المعاطاة فيه كما نص عليه في التذكرة وفيه بعد الشروع وان استشكل في جامع المقاصد والظاهر عدم الفرق بين عقده ومعاطاته فان معاطاة الرهن رهن بخلاف معاطاة غيره من بيع ونحوه فانها اباحة على ما تقدم وح فلا يفتقر الرهن الى الايجاب والقبول المخصوصين بل يكتفي بكل ما قصد به الرهن من لفظ او فعل الا ان في استفادة هذا المعنى من كلام الاصحاب محل اشكال وربما استند في الاكتفاء بكل لفظ الى عموم الوفاء بالعقود لشموله لما قصد به العقد من الالفاظ الا ما علم خروجه او حصل الشك فيه ولما اشتهر وبخروجها وضعف ان العموم المذكور منصرف الى العقود المتعارفة ولانه لا يشمل جميع ما قصد به العقد من الالفاظ وان كان بغير العربية في العقود المحرمة ولذلك يجب وجب الاقتصار في عقد البيع وغيره على المتيقن من الصيغ والالفاظ المخصوصة للراهن اذا ازدد من بين العقود بالمسامحة في الفاظه فلا بد من ان المتعارف في عقد الرهن اوسع دائرة من المتعارف في غيره من الاكثر العقود اللازمة وهو كذلك لكنه لا يقتضي الاكتفاء بكل ما قصد به الرهن بل يقتصر على ما علم تداوله لغة وشرعا فلذا وجب ان يكون لفظا الا مع العجز المستمر كالاخرس وشبهه فيكتفي بالاشارة المفهمة لقيامها مقام عبارته في عباداته ومعاملاته ولا يلزمه التوكيل ولا تتعين الاشارة عليه بعوض مخصوص وان كان الاحوط الاقتصار على الآن والعين والاصبع ولو تعذر النطق لعارض غير مستمر فالاظهر لزوم التوكيل ولا تكفي الكتابة حتى يكتفي بالاشارة الا ان ينضم اليها ما يدل على القصد من ان الاشارة الاضعف لاحتمال العبث وغيرها والاظهر تقديم الاشارة على الكتابة خلافا لما يظهر من العبارة من التخيير ويحتمل ان يكون بالعربية مع الامكان خلافا لما يظهر من التذكرة والدروس ويحتمل الاكتفاء بغيرها للعجمي مطلقا وان امكنه النطق بالعربية والاحوط الاتيان بالعربية مع امكانها ولا يلزمه التوكيل لو تعذر ونطق بالعربية ووجب الاقتصار على الصريح دون الكناية والمجاز وان يكون بلفظ رهنتك او ارهنتك لانها اللغة لم يكن شاذ ودها ما نعا من اعتبارها او وثقتك بالتشديد لكونه نصا صريحا في الرهن وان يكون الفعل ماضيا انه لم يكن العقد بالجمل الاسمية كهذا رهن عندك او وثيقة على مالك لمعلومية انه اول ذلك ولو لا اشتهار الشهرة والعمل وما احتنا ومع الدروس

من جوازه بلفظ الامر غير معلوم الاندراج في المتعارف من العقود فالظاهر عدم الاكتفاء به الا على نية المعاملة
واما القبول فيعتبر فيه ولا النص على الرضا بالايجاب كقبلت او رضيت وارتهنت ونحوها وفي اعتبار كونه
بلفظ او يكتفي بالاشارة وما دل على الرضا كقوله انا راض او مرتهن منك ونحو ذلك وجهان بالتفات الى ثبوت
المسامحة في القبول لجواز الرهن من قبل المرتهن فيكتفي بكل ما دل على الرضا من قول او فعل ومن اصالة عدم
اللزوم الا بالسبب المتيقن وهو منحصر في الماضي لصراحته في الانشاء وفي الاكتفاء باشتراط الرهن في عقد
من القبول وجهان اظهرهما العدم فلو باعه وشرط ان يرهنه شيئا معينا فقال المشتري رهنت او قبلت
لم يكتف البايع بالاشتراط وان افاد الرضا والطلب بل لا بد من تجديد القبول للرهن لكون الاشتراط مع
كونه نقلا عنا للقبول على الايجاب لا دالا الا على الرضا بهذا الايجاب المخصوص وانما يقتضي الالزام
الالزام بالرهانة وهو غير القبول الايجاب ولا يكفي اشتراط الغاية في الرهن عن السبب المعتبر في عقده
ما يعتبر فيه غيره من المطابقة بين الايجاب والقبول والمقارنة بينهما وفي الرهن قال وفي اعتبار المعنى
والمطابقة بين الايجاب والقبول وجهان واولى بالجواز هنا لو وقع ممن هو ليس بلازم من طرفه
قلت اما اعتبار المضي في القبول فقد عرفت الحال فيه واما اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول
فمما لا شبهة فيه ولا مدخلية للجواز واللزوم في اعتباره وعدم اعتباره فانه لو رهن على دين فقبل
على آخر او رهن شيئا فقبل غيره او قبل نصفه على نصف الدين مثلا ونحو ذلك مما يقتضي عدم المطابقة
بين الايجاب والقبول لم ينعقد بذلك العقد جزما كما مر في البيع   فان ذكر اجلا اشترط ضبطه
ابدا ان اشترط الراهن اجلا لكيه للتصرف بالرهن والاستيفاء منه اعتبر ضبط الاجل بما لا يحتمل
الزيادة والنقصان فلا يجوز تعليقه على مدة ما او على قدوم الحاج وادراك الغلات ونحوها ولعل الوجه
في ذلك دخوله في النهي عن الغرر فان الرهن نوع معاوضة ظاهر وليس تبرعا محضا ولكون الجهالة
في اجل التصرف منافية للاستيثاق والاستيفاء المطلوب من الرهن فيكون اشتراط المجهول منافيا
لمقتضى عقد الرهن بل هو اعظم منافاة من تعليق التصرف على بعد بيتين يرضى به الراهن او اجنبي
وحينئذ يبطل الشرط لمنافاته للعقد ويبطل المشروط على الاقوى كما مر في نظائره وليس المراد من

ذكر

ذكر الاجل في هذه العبارة تاجيل الرهن اذ لا خلاف في بطلانه ظاهرا لكونه وثيقة الدين فلا يتوقت بوقت وانما
ينقضي بالفراغ من الدين بادائه او ابرائه فلو وقته بوقت بطل وكذا لو شرط على المرتهن سقوط حقه من الرهانة
عند الانتهاء الى اجل معين لكونه بمعنى التوقيت المنافي لاعتبار دوام الرهن ولو اشترط عليه اسقاط حقه
فلا منافاة بينه وبين دوام الرهن الا ان الاظهر فساده لمنافاته مقتضاه من الاستيثاق والاستيفاء
الا ان يدعى عدم المنافاة كما لو اشترط عليه الاسقاط عند اجل ان لم يتصرف قبله ثم   ويجوز
اشتراط الوكالة والوصية له ولوارثه اي يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة في حفظ الرهن والاستيفاء
منه ببيع ونحوه على الراهن في حياته وان يوصي به له للمرتهن ولوارثه لو اتفق موت الراهن قبله ولا
اشكال في جواز هذا الاشتراط كما يجوز اشتراطه على الراهن لاجنبي ايضا لكونه من الامور السائغة شرعا
فيشمله عموم الوفاء بالشروط الا انه لا فائدة فيه ان لم نوجب الوفاء بالشرط بل جعلنا فائدة الشرط ان
يصير العقد اللازم جائزا لكون الجواز في حق المرتهن متحققا بدون الشرط ومن ذلك لا اثر له في الفسخ
كما لا فائدة في اشتراط الوكالة وان اوجبنا الوفاء ايضا ان قلنا بعدم لزوم الوكالة هنا وبقائها
على الجواز وسيأتي تحقيق ذلك عند تعرض المصنف لذلك   وانما يلزم بالقبض على الاقوى
معنى علم تمامية الرهن بدون القبض يتوقف صحته عليه فانه محل الخلاف بين الاصحاب لا عدم تحقق
ماهيته بدونه وان نسب ذلك الى بعض اللغويين اذ لا ريب في تحقق مسماه بمجرد العقد لكونه الاعم من الصحيح
والفاسد على نحو غيره من العقود ويظهر من الفاضل الشارح في المسالك والروضة ان محل النزاع في
اشتراط القبض في اللزوم خاصة والا فالصحة بدونه ربما لا خلاف فيها وهو كما ترى مخالف لما عليه
المشترطون فلا ود لبلا لتصريح جملة من اساطين الاصحاب كالشيخين في المقنعة والنهاية وابن حمزة
والطبرسي وغيرهم بتوقف صحة الرهن على القبض مدعيا عليه في مجمع البيان الاجماع عليه كما هو
ظاهر من اطلق اشتراطه في الرهن لتبادره واشتراطه في صحته جزما ولان ما استندوا اليه في الاشتراط
من الآية والروايات لا يفيد سوى اعتباره في الصحة فلو كان الخلاف في اللزوم خاصة لكان القول
باشتراطه عاريا عن الدليل والذي حداه الفاضل الشارح وغيره واقتصر على دعوى الخلاف في اشتراطه

في اللزوم وان القائل باشتراطه لا يقول ان الرهن لا يقع بدونه باطلا ملاحظة جملة من العبارات
الجزئية لمحل النزاع كعبارة الغنية والسرائر والتذكرة وغيرها حيث فرض الخلاف فيها في توقف اللزوم
على القبض وعدمه وهو من المسامحة في العبارة واطلاق اللزوم على معنى الصحة لاستتباعها لها حيث
لا دليل على الانفكاك بينهما كما فيما نحن فيه فهو من اطلاق اللازم وارادة الملزوم نعم في عبارة
التذكرة ما يوهم ارادة اللزوم المنفك عن الصحة حيث قال ولو رهن ولم يقبض كان الرهن صحيحا ثم
غير لازم بل للراهن الامتناع من الاقباض والتصرف فيه بالبيع وغيره لعدم لزومه والظاهر ان مراده من صحة
الرهن صحة عقده في نفسه كصحة عقد الفضولي قبل الاجازة ولذا رتب عليها الامتناع من الاقباض
والتصرف فانه انما يتفرع على ذلك لا على الصحة المجردة عن اللزوم مع فرض عدم القبض وما نسب الى الغنية
والسرائر من نفي الخلاف عن الصحة بدون القبض وان الخلاف في لزومه يعرف من التامل في عبارتيهما
كما ان جعل الاقوال في المسئلة ثلثة عدم الاشتراط والاشتراط في الصحة بدون القبض والاشتراط في
اللزوم دون الصحة اشتباه ايضا فان المستفاد من جميع الكلمات ان المسئلة ثنائية الاقوال الاشتراط
وعدمه والاقوى الاشتراط كما عليه المصنف واكثر الاصحاب لنقل الاجماع في الغنية ومجمع البيان وانكار الخصوص
معقده في الغنية اللزوم لكونه بمعنى الصحة كما اشرنا اليه ولقوله تعالى فرهان مقبوضة لدلالته على اعتبار
في الاعتداد بالرهن في الدين اما لعطفه المفهوم بعدم الاعتداد بغير المقبوض فان الامر حجة مفهوم
مثله عرفا وعادة او لحكم الاصل بعدم مشروعية غيره ولقوله في صحيح محمد بن قيس لا رهن الا مقبوضا
ونحوه المروي عن تفسير العياشي وهو واضح الدلالة على المطلوب فان نفي الصحة اقرب من نفي الكمال الى الحقيقة
المتعذرة في المقام والمناقشة في سنده باشتراك محمد بن قيس ساقطة بعد ظهور
كونه البجلي الثقة بقرينة رواية ابن حميد وبعد اعتضاده بالشهرة وتلقي الاصحاب له بالقبول كما في
غاية المراد ويعضده ايضا ان الاصل في مشروعية الرهن التوثق للدين وهو لا يحصل غالبا الا بالقبض
وظهور الاخبار في معلومية منزلة الرهن من المقبوضات حيث ان الاحكام فيها بعد السؤال
عن الرهن مبنية على الرهن المقبوض نحو ما ورد في الجارية المرهونة يحل وطؤها فقال ان الذين

ارتهنوا

ارتهنوا يحولون بينه وبينها وغير ذلك من الاخبار المستفاد منها التلازم بين الرهن والقبض والتزمين
من الامور المفروغ عنها ولذا التزم من لم يقل بالشرطية باستحقاق المرتهن المطالبة بالقبض كالشيخ في
حيث قال اذا حجر الراهن او اغمي عليه او رجع قبل القبض يقبض المرتهن لان العقد قد وجب القبض واستشكل
ذلك العلامة في عدة حيث قال القبض ليس شرطا على رأي وهل له المطالبة به اشكال وهو قبيح لارشاده
على عدم اشتراط القبض لكن ظهور استحقاق المرتهن القبض على الراهن حتى لو كان الرهن مشروطا كان
للمرتهن المطالبة بقبضه من الاخبار وفتوى الاصحاب مما لا مساغ لانكاره وهو لا ينافي الاطلاق بالشرطية كما لا
يخفى فما عليه الشيخ في احد قوليه والحلي والعلامة وولده والمحقق والفاضل الشارح من القول بعدم الاشتراط
ولزومه بمجرد الايجاب والقبول غير متجه اذ لا مستند له سوى الاصل واطلاقات الرهن واستضعاف
دلالة الآية بدعوى ظهورها في ارادة الارشاد على نحو التعليق على السفر وعدم الكاتب ودلالة الرواية
باحتمال ارادة نفي الاعتداد بالتوثق بدون القبض وهو كما ترى فان الاصل ينقطع ببعض ما مر والاطلاقات
مقيدة بدليل الانصراف الاطلاق الى غير المقبوض مع ان الاطلاقات مسوقة لبيان حال غير المطلق والدلالة
صحيحة فان عدم اشتراط السفر وانتفاء الكاتب في الرهن وتنزيل ذلك على الارشاد للاجماع لا يقتضي
تنزيل جميع العقود المعتبرة فيه على ذلك سيما وان غرض الشارح بيان الشرعية لا العرفية ومنه
يعود ما في حمل الرواية على نفي الاعتداد بالتوثق بدون القبض اذ معاده على هذا التقدير امر
عرفي غير مفتقر الى بيانه مع ما عرفت من ان الحمل على نفي الصحة اقرب الى الحقيقة المتعذرة من نفي الكمال
وربما ابطل عدم الاشتراط بانه لو كان القبض معتبرا في الرهن لم يحسن توصيف الرهن هنا بكونها
مقبوضة كما لا يحسن بكونها مقبولة لكونه من توصيف الشيء بنفسه وان مفاد الآية والرواية
دوام القبض لكونه الموجب للاستيثاق ولا قائل به لكفاية مسماه عند المشترطين وهو غريب فان التوصيف
بالمقبوضية توصيف بامر خارج عن مسمى الرهن جزما فلا محذور فيه بخلاف المقبولية فان القبول جزء
من العقد فلا يحسن توصيفه به والاكتفاء بمسمى القبض لا ينافي استحقاق دوام القبض فلو قبضه ورده
الى الراهن كان استيمانا له في الحفظ كما يستأمن غيره ولا منافاة في مثله لما هو المطلوب من الاستيثاق

فلو جن الراهن او مات او اغمي عليه قبل اقباضه بطل الرهن بتفريع على اشتراط القبض بطلان الرهن
لو خرج الراهن عن الاهلية قبل اقباضه بموت او جنون او اغماء وكذا لو رجع على الرهن حيث لا يكون
مشروطا عليه او خرج الراهن عن الاهلية قبله بموت او جنون او اغماء الا انه يقوى امكان تصحيح العقد
بقيام وليه مقامه في القبض وفي امكان ذلك في طرف الراهن ايضا وجه والاقوى خلافه اما على
القول بعدم الاشتراط فلا اشكال في الصحة والظ ان حكم المص بالبطلان متفرع على ما اختاره من
اشتراط القبض في الصحة ويظهر من الفاضل الشارح تفريعه على الاشتراط في اللزوم و
تنزيل الحكم بالاشتراط في كلام المص وغيره على ارادة الشرطية في اللزوم خاصة كما مر مع ان الاشكال
للبطلان ح يكونه قبل القبض من العقود الجائزة ومن شانها البطلان عند عروض هذه الاشياء
وفيه ما عرفت من ظهور كلام المص وغيره من المشترطين في ارادة الشرطية في الصحة انه لو كان كذلك
لم يجد الحكم بالبطلان اذ لا دليل على بطلان العقود الجائزة مطلقا بعروض العوارض المذكورة
نعم يبطل ما كان من نحو الوكالة والعارية والوديعة مما يكون مفاد عقدها الاذن في الحفظ او التصرف
لسقوط الاذن بخروج الاذن عن الاهلية ولو فرض ما يدل على بطلان العقود الجائزة بذلك
فتي شموله لما يؤل منها الى اللزوم محل نظر ومنع ولذا لا تبطل الهبة معه قبل التصرف ولا البيع بخيار
فينبغي الحكم بالصحة على تقدير كون القبض من شرائط اللزوم الا انه لا يلزم الوارث ولا الولي اقباضه
بل لا يسوغ للمولى مع انتفاء المصلحة كما لا يلزم الراهن ذلك لعدم لزومه الا ان يكون مشروطا في عقد
لازم فيبتني على ما مر من الخلاف في ان فائدة الشرط وجوب الوفاء به او صيرورة العقد اللازم
جائزا او لا اسلطه وعلى الصحة في موت الراهن فثبوتها بموت المرتهن بطريق اولى واما على البطلان
ففي بطلانه في طرف المرتهن وجهان قوى المص في الدروس والفاضل الشارح عدمه معللا
بالفرق بتعلق حق الديان والورثة بعد موت الراهن فلا يستاثر به احد بخلاف موت المرتهن
فان الدين باق فيبقى وثيقته والاقوى البطلان على فرضه في طرف الراهن فان مدرك البطلان
ما عرفته من كونه من العقود الجائزة ومن شانها البطلان بتلك العوارض ولا فرق في عروضها للكل

من المعاملة

أيضا لثبته قبله كما لو رهن خلا فانقلب خمرا قبل قبضه وكذا لو خرج المرهون عن حكمه

من المتعاقدين واما الفرق المذكور فلا يصلح بصلح علة للبطلان في طرف الراهن فان تعلق حق الوارث
والديان لا اثر له بعد سبق تعلق حق المرتهن فالمتجه عدم الفرق بين الراهن والمرتهن على كل من
قولي الصحة والبطلان حكم المص في الدروس بالبطلان بموت الراهن وبانتقال حق القبض
الى الوارث في موت المرتهن فظاهره الصحة فيه فارقا بينهما بما عرفت مع ان مذهبه اشتراط القبض
في صحة الرهن ولا يتاتى الفرق بينهما على هذا التقدير الا ان يريد امكان تصحيح العقد بقبض
الولي في موت المرتهن دون الراهن كما اشرنا اليه لكنه خلاف ظاهر كلامه ويمكن ان يكون هذا ابع
على قوله في صحة الرهن قبل القبض وعدم لزومه وهذا وان لم يكن مذهبا لاحد من اصحابنا على
الظ لما عرفته لكن يظهر من التذكرة انه المعروف بين الاصحاب الى العفو فلذا اختلف اقوالهم في
المسئلة فبين حاكم بينه بالبطلان معللا لكونه قبل القبض من العقود الجائزة وبين حاكم بالصحة معللا
لكونه مما يؤل الى اللزوم وبين مفصل بين موت الراهن فالبطلان ومن المرتهن فالصحة للفرق المتقدم
ذكره والظ ان اصحابنا انما تعرضوا له لذلك تفريعا على مذهبهم وجريا على طريقتهم والا فالحكم على
كل من قولي الاشتراط في الصحة وعدمه واضح غير مفتقر الى البيان والله العالم ولا يشترط دوام
القبض فلو اعاده الى الراهن فلا باس هذا مما لا خلاف فيه بل نقل الاجماع عليه مستفيضا او متواترا
وانما نسب الخلاف فيه الى بعض من المخالفين وتبعه انسب الى العلامة في التذكرة حيث قال في مسئلة منع
المرتهن من التصرف في الرهن وبتقدير لهذا الرهن المرتهن فان جعلنا القبض شرطا وكان لا دليل اتحقق
المرتهن دوام اليد ولا يلزم يزال بدوام الا للانتفاع على خلاف ما سبق انتهى وهو اشتباه فان
هنا يبين امره دوام اليد على وجه الاستحقاق لا الشرطية كيف وقد حكى الاجماع قبل ذلك على عدم
اشتراط الاستدامة ويقبل اقرار الراهن بالاقباض الا ان يعلم كذبه فلو ادعى المواطاة فله
احلاف المرتهن ولو ادعى الغلط فله احلاف المرتهن ايضا لا ريب في قبول اقرار الراهن بالاقباض
كغيره من اقراره بعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز الا ان يعلم كذبه حسا كان يقر باقباضه
في وقت لا يمكن اقباضه فيه عادة فلا ينفذ ولو ادعى كذبه في اقراره بالرهانة ايضا او بالقبض لم يسمع

دعواه ولا يتوجه له يمين على المرتهن لتكذيبه دعواه باقراره الاول الا ان يدعي على المرتهن علمه بكذبه
فلا يبعد توجه اليمين له على المرتهن بنفي العلم كما لو ادعى المواطاة بينهما على الاقرار اقامة لرسم الوثائق
فان الاظهر سماع دعواه بذلك وقبول بينته وكذا لو ادعى الغلط وانه ظهر له وبلا مكتاب في حقه بان
ادعى الاعتماد على كتاب وكيله او توهم ان الاقباض يكون قولا وتحو ذلك والوجه في ذلك انه ادعى
امرا لو صدقه الخصم فيه لنفعه فله احلافه بتوجه اليمين عليه ولسنه في التذكرة توجيه اليمين وانه
لم يظهر تاويلا محتجا بان الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل تحقق ما فيها فلا حاجة الى تلفظه به
وهو مشكل حيث لا يدعي العلم بكذبه باقراره لعموم ما دل على نفوذ اقرار العقلاء فلا يقبل رجوعه عنه مع
ولو في غير مجلس الحاكم لتكذيبه نفسه بالاقرار الاول ولا يلزم مثله في دعوى المواطاة والتاويل المحتمل
لكونها دعوى لا تنضمن تكذيب الاقرار السابق وان استلزم ثبوتها سقوط حكم الاقرار ومع ذلك فالمقام
غير خال عن الخلاف والاشكال ولو اتى بالرهن وانكر القبض لم يكن رجوعا عن الاقرار وان كان اطلاق
الرهن منصرفا الى الصحيح المشتمل على القبض منه ولو كان الرهن بيد المرتهن لم يفتقر الى الاكتفاء
بل لا يفتقر الى اذن جديد في القبض ولا الى مضي زمان لا يعتبر في قبض الرهن ان يكون مبتدأ بعد العقد
فلو قبضه للرهن قبله باذن المالك صح العقد ولزم من غير خلاف ولا اشكال ولو قبضه لغير الرهن
باذن من المالك كقبض عارية او وديعة او اجارة او نحو ذلك او بدون اذن كالغصب لرهنه عنده
الغاصب صح الرهن واكتفي باستدامة القبض واستصحابه من غير خلاف اجده في الاكتفاء به في الجملة
الا ان ظاهر الاكثر كما صرح به المص وغيره من الاكتفاء به مطلقا في المقبوض باذن وغيره من غير اعتبار
تجديد اذن في قبضه للرهن ولا مضي زمان يمكن فيه القبض ويظهر من التذكرة والفاضل الشارح اعتبارهما
في المقبوض بغير اذن كالمغصوب بل عن النهج فرق وهم اعتبارهما معا في المقبوض باذن وغيره والحكي
من عبارته يدل على اعتبار الاذن خاصة والمتجه ما عليه الاكثر من الاكتفاء به مطلقا لاصالة صدق
كونه رهنا مقبوضا ولا دليل على اعتبار ابتداء القبض بعد العقد ولا على كون القبض بقصد الرهن وعدم
فائدة فيما اعتبروه من الاذن ومضي الزمان لا في المقبوض باذن ولا في غيره اذ الغرض تحقق القبض

الفعل

الفعل قبل العقد واستدامته ليست قبضا جديدا بل هو الاول فما دام مقبوضا لا يحصل قبض اخر لتحصيل
تحصيل الحاصل ولاجتماع الامثال ولا مدخلية للاذن في قبضه ولا لمضي الزمان الممكن فيه القبض
فان ذلك لا يصير القبض الفائت لعارية او غصب قبضا للرهن اما ان يحكم بحيثية القبض السابق
واستصحابه او يلزم تجديد يد القبض للرهن بان يدفع الى المالك فيقبضه الراهن ويكون في
غيره لكن الثاني غير لازم لما يظهر من الاتفاق على عدم اعتباره فتعين الاول وعليه فيكون الشرط في
القبض الرهن حصول القبض معه فيصير الرهن او غيره نظير صوم الاعتكاف وهذا هو الظ من كلمات
الاصحاب وجزم بعض فضلاء العصر بان مبنى الاصحاب في الاكتفاء بذلك على سقوط شرطية القبض
في مثل ذلك لعدم تناول دليل الشرطية لمثله مدعيا ظهور الدليل في غير المقبوض اما هو فيبقى على
اصالة اللزوم في العقد وهو غريب فانه تخصيص لعموم لا رهن الا مقبوضا من غير مخصص مع
انه خلاف ما نطقت به فتاوى الاصحاب هنا من ان هذا القبض المستدام قبض لصدق حصول
ما شرط في القبض وحصوله بذلك فلا مناص من التزام الاجتزاء بالقبض المستدام وانه من افراد القبض
المعتبر في الرهن هذا ومما ذكرناه يظهر ضعف التفصيل بين المقبوض غصبا وغيره بدعوى البطلان
في الاول من حيث انه منهي عنه والنهي في المعاملات وان لم يقتض الفساد الا ان القبض من الاركان
وتوجه النهي الى شيء منها يقتضي الفساد ولذا لا يكتفى بالقبض المبتدأ بعد العقد اذا كان من غير اذن
المالك اجماعا فانه بعد تسليم النهي وعدم زواله بالايقاع على اباحة القبض يمنع كون القبض
من الاركان بل من الشروط المعتبرة وهو خارج عن مسمى الرهن ولذا قيل بعدم اعتباره في صحة العقد
ومع التسليم فالفساد انما يتجه لو كان المعتبر في الرهن هو القبض لاجله اما اذا كان المعتبر
مسمى المقبوضية وان كان القبض لغير الرهن فلا فرق بين كونه مقبوضا بالسبب المحلل او المحرم
المراد على تحقق مسمى القبض في استدامته وهو متحقق في المغصوب وغيره والتنظير بالقبض المبتدأ
بغير اذن المالك قياس مع الفارق فان عقد الرهن المقارن للقبض المستدام مستجمع لشرائط الصحة
ملزم للراهن بما التزم به من الرهانة لانه داخل في مسمى الرهانة المقبوضة واما القبض الحاصل
بعد العقد فهو الزام المالك الرهانة بما لم يلتزم به فانه له العدول عن الرهن قبل القبض

ان الاجماع كاف في الفرق بين الصور ونحن كما ظهر بما ذكرناه ضعف القول باعتبار الاذن خاصة او مضي الزمان الممكن فيه القبض خاصة او اعتبارهما جميعا او لا وجه لاعتبار شيء من ذلك سوى ما قيل
من ان القبض انما يعتبر بعد الرهن وهو لا يتم الا باذنه في القبض فيستدعي تحصيله ومن ضرورته مضي
زمان يحوذ الاعلى القبض الفعلي بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل واجتماع الامثال المحال لان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي لتعذر المطابقة وهو كما ترى لمنع
المعنى المطابقي لامكانه دوام صاحبه وقبضه منه او توكيله في قبضه او اقباضه مع انه لا وجه لاعتبارها
هو من ضرورته ومقدماته اذ مع تقدره او لا معنى للزوم المقدمة مع سقوط ذي المقدمة
لو كان القبض سببا في الضمان كالمغصوب والمبيع بالبيع الفاسد والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم
وعند المالك عند من كان بيده صح الرهن لكفاية القبض المستدام وان لم يزل الضمان على ما هو المعروف
بين الاصحاب بل لا خلاف الا من العلامة في القواعد ويحيى بن سعيد على ما حكي فاسقطاه القبان
بعد الرهانة ولا موجب للسقوط لبقاء سبب الضمان وهو القبض السابق واستصحابه حكمه من غير
معارض فان عقد الرهانة لا ينافي الضمان كما لو تعدى المرتهن في المرهون ولا فرق في ذلك بين عقد
الرهن وسائر العقود الغير المملكة كالوديعة والعارية والوكالة وغيرها وما قد يظهر من بعضهم ارتفاع
من سقوط الضمان بالعقد حيث تكون استدامة القبض لمصلحة المالك كالوديعة غير سديد لعدم ارتفاع
السبب في الجميع ولان اذن المالك بالقبض وتصريحه في سقوط الضمان جهات احديها عدم السقوط
على اليد ما اخذت حتى تؤدي وصيرورة الرضا بالمقبوضية ليس من التادية التي هي غاية
الضمان لغة وعرفا ودعوى اقرادهما ابداله بما في ذلك مجازية ظاهرة وعليه فلو تاب الغاصب
ومكن المالك من العين فلم يقبضها واذن في بقائها امانة وديعة لم يرتفع الضمان وان ارتفع
الاثم والعدوان اذ ليس الموجب لضمان الغاصب عدوانه بل يرتفع بارتفاعه بل قبضه الغير الماذون
فيه والاذن في استدامته لا تحصل قبضا محكوما بحكم جديد ابدا بل هو دوام ذلك القبض الضمان حتى
لو صرح المالك باسقاط الضمان لم يسقط ايضا اذ لا معنى لاسقاط سببية السبب الذي جعل الشارع
غايته ارتفاعه بالتادية ولم تحصل مع ان الاسقاط كالابراء انما يتعلق بالحق الثابت فعلا
والغرض

والغرض عدم تحققه اذ لا معنى للضمان هنا سوى لزوم المثل والقيمة او الاجرة التالفة ولا يتصور سقوطه
قبل حصوله ولو كان الرهن مشاعا اجيز فلا بد من اذن الشريك في القبض ظاهرة عدم الاعتداد بالقبض
بدون اذن الشريك مطلقا فيما يكتفي فيه بالتخلية وغيره فلو قبض المشاع بدون اذن شريك الرهن كما لو قبض بدون
اذن الراهن والحكم بذلك فيما تكون التخلية فيه قبضا غير واضح لعدم توقفها على التصرف في المقبوض
حتى يتوقف قبضه على اذن الشريك ودعوى توقف التخلية على التمكن من التصرف ورفع الموانع
عنه مطلقا عقلية وشرعية والاشاعة بدون اذن الشريك من اعظم الموانع عن التصرف شرعا فلا يتحقق
التخلية والقبض بدونه فتبطل الرهن ح لانتفاء القبض لا انتفاء تحققه مدفوعة بانه لا يعتبر
في التخلية سوى رفع يد المالك وتمكين القابض من التصرف وهو متحقق في المشاع لكثرة بعد اذن
المالك لا من التصرف فيه ولو بواسطة استيذان الشريك او الحاكم مع امتناعه عن الاذن على نحو ما كان
للمالك فلا يكون التصرف متعذرا لان ما يتوقف على المقدور مقدور ايضا فالظاهر صحة القبض فيما
يكون قبضه التخلية مطلقا كما ان الظاهر صحته فيما يكون قبضه النقل مع وقوعه على الحرمة بامساك او نقل وان
اثم بالتصرف لعدم المنافاة بين الحرمة وصحة القبض كما هو منتظر في القبض المستدام ولا فرق
بين تحريمه لحق الشريك او لغيره من الاسباب كما لو حلف او عاهد على تركه فيصح لا لنقله الجهة
كما يظهر من بعض الرفاة بان العبادات لكونه قبضا يستحيل اتصافه بوصفين متضادين وان تعدد
الجهة بل لاندراج مثله في عموم الرهانة المقبوضة كما افتتح الاشارة اليه والى الفرق بينه
وبين القبض بدون اذن المالك ولو وكل المالك المرتهن الشريك على القبض بعد اذن الراهن
بالقبض والتوكيل فيه جاز من غير خلاف ولا اشكال الكلام بعد ان يعلم الشريك بالاذن بل يقوى
الاكتفاء باذن الراهن بالقبض وان لم ينص على التوكيل الا ان يشترط على المرتهن القبض بنفسه ولو
نازع الشريك في القبض بعد اذن الراهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضا على المرتهن
وكذا لو تنازعا في دوام القبض فلو كان له اجرة اجره وحكم قسم الاجرة على الشريكين ويحتمل
تعلق الرهن بحصة الراهن من الاجرة وبرجوع على المدرس والكلام انما في الشرط او اللحوق

الاول شرط الرهن ان يكون عينا مملوكة يمكن قبضها ويصح بيعها هذه الشرائط باسرها للعقد الرهن حتى
مملوكية العين ان اريد بها الاحتراز عن غير المملوك مطلقا وان اريد مملوكيتها للراهن فهي من شرائط اللزوم
لجواز رهن مال الغير اعارة وفضولا والظاهر ارادة المعنى الاول فيكون احترازا عن نحو الخمر والاوقاف وغيرها
فلا يصح رهن المنفعة ولا الدين هذا متفرع على اشتراط العين فان المراد منها المتشخص في
الخارج فيترتب على اعتبارها المنع من رهن المنافع والحقوق والكليات وما في الذمم من الديون فاما
المنافع والحقوق فلا خلاف في عدم اعتبارها الا ما سيجيء من الخلاف في رهن خدمة المدبر للاجماع
المنقول في صريح المسالك وظاهر غيرها ولعدم انصراف الرهان المقبوضة الى غير الاعيان لان ما لا
يمكن من عدم امكان قبضها الا باتلافها او عدم حصول تمام الاستيثاق بها في استيفاء الدين
لحصولها تدريجا وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله فالدين ان كان مؤجلا فما قد يتلف الى
حلوله باسرها والاتلاف جزء من المرهون بعدد ما يتاخر البر استيفاء الدين لمنع الاول بامكان قبض
المنفعة تبعا لقبض العين كما في الاجارة ودعوى ان الاكتفاء في الاجارة ودعوى ان الاكتفاء بذلك
في الاجارة لمكان الحاجة وان القبض على هذا غير تام ولذا لم يرتفع به الضمان عن مستوعبه لمسيس الحاجة
الى الرهانة ايضا والتفات بعض الاحكام القبض عنه لا ينافي تحقق حقيقته وبطلان الثاني فان علم
حصول تمام الاستيثاق لا ينافي الرهانة المطلوب منها الاستيثاق ولو في الجملة على ان دعوى تلف
المنافع كلا او بعضا قبل استيفاء الدين انما تتم لو تعلق الرهن بالمنفعة الحالية اما لو تعلق بالمنفعة
المستقبلة كمنفعة الشهر الاتي فيمكن الاستيفاء منها من غير تلف اصلا بان يوجر العين ويوخذ
الاجرة وفاء او يستوفي المنفعة بنفسه كما يمكن اجارة العين وابقاء الاجرة هنا على نحو رهانة
ما يتسارع اليه الفساد والفرق بينهما بعروض المانع فيما يتسارع اليه الفساد وصلاحية المنفعة
ابتداء غير موجب للتفرقة في صحة الرهانة ودعوى ان ذلك خروج عن المتشارع فيه وهو تعلق الرهن
بالمنفعة ممنوعة بعد ان كان مورد العقد نفس المنفعة واما الدين فعدم صحة رهنه هو المشهور
بين الاصحاب بل عن ظاهر بعض العبارات دعوى الاجماع لكن المصنف في الدروس والشارح في الروضة
احتملا

احتملا صحة رهنه فان اشترط القبض للاكتفاء بقبض ما يعينه المديون بل جزم في المسالك وغيرها بصحة على
القول بعدم اشتراط القبض للاكتفاء بقبض ما يعينه وفي التذكرة لا يصح رهن الدين وان اشترطنا
في الدين القبض لانه لا يمكن قبضه لعدم تعينه حال الرهن وظاهره بناء الصحة وعدمها على الاشتراط
القبض لكن ظاهر اكثر العبارات كعبارة الكتاب ونظائرها ان المنع من رهن الدين متفرع على اشتراط كونه
عينا فلا يصح رهنه وان قلنا لم نقل باشتراط القبض لعدم انصراف اطلاقات الرهون الا الى ما في الذمم
والكليات بل الى ما ورد منها الاعيان الخارجية ولان المقصود من الرهانة الاستيثاق وهو لا يحصل
برهن ما في الذمم لما انه كالحق المرهون لاجله واحتلاف الديون في سهولة الاستيفاء وعدمه صعوبته
لا ينافي غلبة عدم الاستيفاء الموجب لعدم انصراف الاطلاقات اليها مطلقا ولان وصف الرهان بالمقبوضة
في الاية انما يدل على اشتراط قبض الرهن فلا اقل من دلالته على اعتبار ان يكون مما يمكن قبضها بنفسها
والديون مما لا يمكن قبضها بنفسها كذلك وان صدق قبضها عرفا بقبض ما يحصل في ضمنه من الافراد
لكن مثله غير متناول في القبض الماخوذ في التوصيف فان المتبادر منه قبض نفس الرهن لا قبض جزء
مما يجزي عن قبضه عرفا نعم يمكن وجه قبضه لو كان الدين في ذمة المرتهن لان ما في الذمة بحكم
المقبوض الا انه على تقديره مما لا احتياج فيه الى الرهان لحصول الاستيثاق بدونه مع ان ذلك
لا ينافي ما اشترطناه من غلبة عدم الاستيثاق بجنس الدين وعدم مقبوضيته فلا ينصرف الاطلاق
الاولة الى مثله فظهر مما ذكرناه ضعف احتمال الجواز على القول باشتراط القبض نظرا الى ان ما في
ذمة المرتهن كالمقبوض وما في ذمة غيره يمكن قبضه بقبض فرده كضعف القطع بالجواز بناء على عدم
اشتراط القبض لما اشرنا اليه من ان الخلاف في ذلك غير مبني على اشتراط القبض وعدمه وان ظهر
من التذكرة لكنه غير صالح فانه مبني على المسئلة لامكان ان يكون ذلك احتياطا من المنع وقطعا
به على تقدير اشتراط القبض وان امكن المنع على تقدير عدم اشتراطه من جهة اخرى من غير اشتراط القبض
ايضا ولذا اختار العلامة في القواعد بطلان رهن الدين مع اختياره فيها عدم اشتراط القبض
في صحة الرهن وتعجب المصنف والفاضل الشارح منه لعله في غير موضعه لعدم صراحته في التذكرة

بابنا. المسألة على ما ذكرنا طائفة البيان عليه في كتاب لابناي العقد لعصر في آخر وبعتق الدين
ابطال التدبير بجوه على الاقوى المعروف بين الاصحاب بعد جواز رهن المدبر بل في التذكرة نسبته الى علمائنا
مؤذنا بدعوى الاجماع الا ان الصيمري في الدروس حكى عن بعض القول ببطلان الرهن ولعله اراد ما يحكى
عن الخلاف من انه اذا لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن والوجه صحة الرهن لاجتماع شرائطه من الملك
وغيره وانتفاء المعارض سوى التدبير وهو عندنا من العقود الجائزة كالوصية بالعتق لا عتق بصفة فلا
مانع من رهنه كالامة تنعتق بموت سيدها وغير ذلك من التصرفات فيه ومنافيته كانت للتدبير واو
غيرها فيه انا مع عدم المنافاة فظاهر واما مع المنافاة والحكم فالحكم العرف والعادة فيكون ذلك رجوعا
عن التدبير وصحيحا الرهن قصد الرجوع او لم يقصد حتى لو قصد عدم الرجوع فيه كان لغوا بعد تحقق
ما ينافي قصد الرجوع كما مر كما يأتي توضيح ذلك بعون الله تعالى في محله وحيث ان الرهن اذا كان
منافيا كان ابطالا للتدبير كالبيع ونحوه والا فعنه الحكم بصحتهما جميعا والا حكم وجب الحكم ببطلان
الرهن على التقديرين الا ان يكون التدبير لازما كالواجب بنذر وشبهه بناء على المشهور من عدم
جواز الرجوع فيه فان المتجه بطلان جميع ما ينافيه من التصرفات المنافية بيعا او رهنا او غيرهما
اما التدبير المتبرع به فان اللازم اما بطلانه وصحة الرهن وغيره او صحتهما لكن الذي عليه الاكثر ما
اختاره الصيمري من ان الرهن ابطال للتدبير بناء على تحقق المنافاة بينهما لان الغرض
من الرهن التوثق لاستيفاء الدين ولا يحصل التوثق مع بقائه معرضا للزوال وقوى الشيخ في الخلاف
وط صحتهما معا لان الرهن لا يستلزم النقل عن الملك ويجوز فكه فلا ينافي بقاء التدبير بل
يكون مراعى على القول لسبق حق التدبير عليه وحصول مقتضاه قبل استحقاق اخذ المرتهن ويحتمل
حق المرتهن مع الموت مراعى التدبير بعكسه ابقاء فيستقر ويؤخذ في الدين فيبطل التدبير ولو مات
المالك قبل ذلك نفذ العتق وبطل الرهن وقوى بعضهم اخذ قيمته من التركة فيكون رهنا
ولا دليل عليه بل المقتضي لو اذا كان المدبر هو الراهن فان موته يقتضي تعلق حق الغريم المرتهن
بمجموع التركة كتعلق الرهن فلا فائدة في جعل قيمته من التركة رهنا الا ملاحظة اختصاص المرتهن
بذلك

بذلك فلا يزاحمه الغرماء فيه ثم وكيف كان فالاقوى الاول ولو رهن العبد ثم دبره بطل التدبير ان لم يجز المرتهن
على الاقوى لمنافاة ذلك لحقه كالبيع ويحتمل صحته مراعى بفكه وان اجاز المرتهن صح التدبير فلو مات المالك
وعتق من الثلث فلو لم يكن ثلث او لم يكن سواء بطل التدبير ولو كان التدبير منذورا والعتق مطلقا او معلقا لم
يصح رهنه لمنافاته ما وجب عليه من العتق وان كان معلقا على شرط او صفة فالاقرب جواز رهنه قبل حصول
الشرط والصفة الا انه لو حل الدين قبله لم يجز بيعه لمنافاته بعد تحقق التعلق به لو رهن المالك
خدمة المدبر مدة حياته مع بقاء التدبير ففي صحته وجهان كما في الشرائع وقال الشيخ ان الاشبه البطلان
ونسب القول بالصحة الى الشيخ في بعض كتبه وجماعة لنصوصهم بجواز بيع خدمة المدبر تبعا للنصوص الواردة بذلك كخبر ابي مريم
عن جعفر بن ابراهيم عن علي قال باع رسول الله خدمة المدبر ولم يبع رقبته وخبر ابي مريم سئل ابو عبد الله
عن الرجل يعتق جاريته عن دبر ايطأها ان شاء او ينكحها او يبيع خدمتها مدة حياته فقال نعم اي ذلك
شاء فعل وخبر علي سئل ابا عبد الله عن رجل اعتق جاريته عن دبر في حياته قال ان اراد بيعها باع
خدمتها في حياته فاذا مات اعتقت الجارية وخبر ابي بصير عنه في العبد والامة يعتقان عن دبر فقال
لمولاه ان يكاتبه ان شاء وليس له ان يبيعه الا ان يشاء العبد ان يبيعه قدر حياته ومقتضاها جواز
رهن خدمته ايضا لقاعدة ان ما جاز بيعه جاز رهنه الا ان هذه النصوص مع الاعتضاد بما في سند جملة منها
منافية لقاعدة اختصاص البيع بنقل الاعيان فلا بد من حملها على نقل العين المشروط بعدم
بعض الخدمة فيكون كالبيع بشرط العتق وهو بعيد لتصريح بعضها بنفي بيع الرقبة وحملها ابن ادريس على
الصلح والعلامة على الاجارة ولو قيل باستثناء خدمة المدبر واختصاصها بجواز البيع من بين
المنافع فيمنع جواز رهنها فان المنع من رهن المنفعة ليس لامتناع بيعها بل لعدم الاستيثاق المطلوب
في الرهانة كما سبق ولو رهن الخمر والخنزير اذا كان الراهن مسلما فلا خلاف في بطلانه
لانتفاء الملك بل لو اسلم بعد الرهانة بطلت ايضا لاشتراط الملكية ابتداء واستدامة واما اذا كان
المرتهن مسلما فلا خلاف في بطلانه ايضا الا ما يحكى عن الشيخ في الخلاف والخلاف فيما هو غير صحيح
في المخالف تجوز رهنه بشرط وضعه على يد ذمي والمعروف البطلان مطلقا لعدم تمكن المسلم من قبضه

وعدم تسلطه على بيعه واستيفاء الدين منه فينتفي فائدة الرهانة والاستيثاق ولا مدخلية لوضعه على يد الذمي
في الصحة فانه ان كان نائبا عن المرتهن في قبضه والاستيلاء عليه امتنع الاستيفاء منه فيلزم ما ذكرنا والا فلا تسلط
للمرتهن على البيع والاستيفاء ولا للحاكم الآمر بذلك لتحريم بيع الخمر والكافر مكلف بالفروع وان جاز اخذ
ثمنه منه لو باعه الذمي وكذا الحال لو مات الذمي او افلس فانه لا يتعلق حق المسلم بخمره في حياته وان جاز
اخذ ثمنها وفاء ولو بيعت لبيعها ولا رهن الحر مطلقا ولو رهن مال الغير وقف على الاجازة
اي لا يصح رهن ما لا يملك اصلا كالحر الذي لا يدخل في ملك احد مطلقا مسلما كان او كافرا واما ما لا يملكه الراهن
مع جواز تملكه فانه لا يبطل رهنه بل يقع فضوليا موقوفا على اجازة مالكه بلا خلاف اجده لعدم خروج
الفضولية عن الضوابط الشرعية ولثبوته في النكاح المقتضي لثبوته في غيره بالاولوية كثبوته في الذي قبل
بانه لا فارق بينه وبين غيره من العقود وما عن بعض المتأخرين من التأمل فيه لتوقف صحة العقد الفضولي
مطلقا او لان الفضولية ليست على حد غيرها حيث ان العقد فيما عدا الرهن يقع عن المالك وفيه عن غيره
لعله في محله لما اشرنا اليه من عدم خروج الفضولي عن الضوابط ولان حق وجري قياس الفضولي
لا يخرج عن حكم التساوي الامرين في اعتبار الاذن اللاحقة وعدم الفرق بينها وبين الاذن السابقة
في التاثير والصحة ومنه يعرف جواز التبرع بالرهن على دين الغير فيلزم بالقبض وان لم ياذن المديون
على الاقوى ولا يستحق المتبرع الرجوع بالرهن على المديون لو صار الرهن وفاء ولو قصد الرجوع
ولو اجاز المديون ما فعله المتبرع من الرهن وقصد الرجوع ففي استحقاقه الرجوع احتمالان اظهرهما العدم
ولو استعار للرهن صح لا يعتبر في الرهن ان يكون ملكا للراهن فلو استعار مال غيره ليرهنه على
دينه صح من غير خلاف اجده في ذلك بل في التذكرة عن ابن المنذر انه اجماع العلماء وفي المسالك
انه اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه في الجملة وسموه استعارة
فنسبه العلماء من تسميته استعارة هو المعروف والا فقد حكى قول بانه ضمان المعير في مال كالذي ذهب
اليه بعض المحققين المخالفين وجعله لك من الضمان المقتضي بنقل ما المدين في ذمة الضامن اذ لا نقل
ولا انتقال ولا قصد الى ذلك اصلا وجعل المستعير في ذلك نائبا عن المعير في الضمان مجملا وقصد
الضمان

الضمان على المال من غير شغل ذمة خلاف المعهود من الضمان فلذا اطلق الاصحاب عليه لفظ العارية
لكنه بعيد لمشبههما انه من حيث ان منفعة الارتهان ليست من المنافع المباحة بعقد العارية بل
لا تعد من المنافع المقصودة من العارية ولذا لا تتعلق الاجارة بها ولا تضمن بالغصب مضافا الى ما
فيها من منافيات العارية من اللزوم والضمان من غير شرط ولا كون المستعار ذهبا وفضة فاطلاق
لفظ العارية على ذلك لعله من المسامحة لعلاقة المشابهة بينهما ولا فائدة في تحقيق كونه عارية
او ضمانا بعد الاتفاق على صحة مثل هذا الرهن اذ لا تتوقف صحته على اندراجه في احد العقدين
كما توهم لامكان ان يكون عقدا آخر ودعوى حصر العقود ممنوعة وامكان صحته وان لم تكن الاذن منه
في عقد اصلا اذ محصله حينئذ توقف صحة الرهن على كونه مملوكا للراهن بل يكفي ماذون المالك السابق
على مقدار الرهن كما يكفي باذنه اللاحقة لو وقع فضولا ويتبرع بالرهن على دين غيره فان مثله
لا يعد من العارية ولا الضمان ولا غيرهما وكيف كان فلو اذن المالك في الرهانة فان عم الاذن
بان قال ارهنه كيف شئت فلا اشكال وان عين دينا مخصوصا او قدرا او اجلا وجب الاقتصار
على ما عينه ولم يجز التخطي الى غيره الا ما اذا علم فلذا لو رهنه على الاقل ولو رهنه على الاكثر كان فضوليا
بالنسبة الى الزيادة مع احتمال الفضولية في المجموع ولو اطلق الاذن ففي صحته كالتعميم او البطلان
كالجهالة والاجمال وجهان اقواهما الصحة لعدم الفرق بين الاطلاق والعموم الا في تفاوت
الدلالة قوة وضعفا فلا جهالة في المطلق ولا اجمال ومنه يظهر ان ما يحكى عن بعض من تفريع
اعتبار ذكر الدين وجنسه وقدره ووصفه على ان الاذن عارية او ضمان لاعتقاد الجهالة
في عقد العارية دون الضمان غير صحيح اذ لا جهالة في المطلق ولان اعتبار المعلومية في العارية ايضا
موضع خلاف كما سيأتي ولان اعتقاد الجهالة في العارية غير محقق فلو فرض الاجمال
في الاذن لم يجز الانتفاع بشيء اصلا ولذا ذهب جمع من الاصحاب الى اعتبار ذكر قدر الدين
جنسا وقدرا ووصفا مع اندراج هذه الاذن في العارية ويلزم بعقد الرهن
اي يلزم المستعار بالرهن اذا رهنه المستعير كما هو حكم غيره وصرح كثير من الاصحاب بل ظاهر

المسالك انه اجماعي وهو لك وان اوبد عدم تسليط العين على فسخ الرهن والرجوع بالعين اذ لا سبيل له على المرتهن بعد تعلق حقه بها وان اريد عدم تسلطه على مطالبة الراهن بالفك فليس كذلك بل له المطالبة بفكه بعد حلول الاجل او كان الدين حالا فانه لما دفع العين لم يكن ليدفعها وقابل للتحصيل الاستيفاء وقد حصل فالاذن على الراهن حالا استخلاصها وردها على صاحبها من طلب لكونها عادية والعادية غير لازمة وفي تسلطه على المطالبة بفكها قبل حلول الاجل قولان صرح بثبوته في التذكرة بناء على انه عادية والعادية غير لازمة والاقوى العدم لان العادية قد تلزم لتعلقه مانع من الرجوع بها كالاذن في الاستعارة لدفن الميت بها وكالاذن في الاستعارة للسفينة في لجة البحر والخشبة المستعارة للبناء عليها حيث يتضرر المستعير بها ومن ذلك تعلق حق المرتهن فانه مانع من الرجوع بالعين كحق الميت او ليس للراهن المديون الزامه بالفك بعد حلول الدين قبل حلوله ولا بابدال العين المرهونة فلا المعير على الراهن ولا على المرتهن قبل الحلول وحينئذ فالاذن لزوم هذه العادية ودعوى انه اجماعي غير متجه بل هي لازمة قبل الحلول على خلاف فيه واما بعد الحلول فلا تلزم الا مع عجز المستعير عن الفك لدرة ولعل مثله لا يوصف باللزوم فانه مجبر المستعير عن ردها للمستعار لانافي جواز العارية في نفسها وفسخ عقدها وطالبه بفكه وعند العارية بالنظر الى المعير والمستعير باقية على الجواز الا مع عدم حلول الاجل بالنظر الى المرتهن لان منه حصل الامع حلول الاجل وقدرة المديون على الوفاء وتمكن المرتهن على مطالبته فانه لو اهمل المديون والحال هذه فلا يبعد ان للمالك المعير الزامه بالمطالبة او رد العين فيجبر على ردها لو امتنع من المطالبة بلا عذر كما اذا احتمى ونحوها متوجها ومنات الاصيل على القضاء ان يقول اما ان تطالب بحقك من الراهن او تبرئه وهو اختيار العلامة في التذكرة وفيه ان تلف او بيع بمثل قيمته اما الحكم بضمانه لو بيع بعد رهنه لا غسا والراهن او بما لم يعلم وامثاله عدم الاخلال فينبغي ان يعد معرضا للاتلاف فيضمنه ولما مع التلف من غير تفريط فانه كان بعد رهنه فالعروف ضمان الراهن له ايضا بل في التذكرة انه عندنا عادية مضمونة وهو ظاهر

الاجماع

الاجماع كظاهر المسالك والكتبر في عاربة الرهن نص على عدم الضمان مع التلف من دون تفريط بناء على القول بالضمان عدم الضمان هنا لو تلف تلف لعدم حصول التلف من الضامن واحتمل المصنف في الدروس عدم الضمان على القول بالعارية ايضا مع الاول ما بينها امانة عندنا والمجز الضمان لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولعدم معلومية الاندراج مثلها في العارية حقيقة كما اشار والشك في تناول ما دل على عدم الضمان العارية لمثلها كونها معرضة للاتلاف معرضة بالتصرف الرهني على الرهن وكونها امانة لا ينافي الضمان الذي تسلطها على اليد بل هي شبيهة بالمقبوض بالسوم وغيره من الاشياء المضمونة ومن تلفها تعذرا ردها او بيعها بحيث منها فان اتلاف العبد نفسه بسبب جناية كتلفه من غير سبب ويعرف مما ذكرناه قوة القول بالضمان لو تلف بيد الراهن قبل الرهن ايضا وان استشكله العلامة في القواعد ورتب في المسالك عدم الضمان الا مع التفريط للاصل وكون السبب في الضمان هو الرهن فلا يتقدم سببه عليه والاصل مقطوع بعموم اليد وكون الرهن سببا في الضمان ممنوع ايضا بل القبض لاجله هو المقتضي للضمان والقطع بقاء الضمان بعد فكه من الرهانة ايضا وانما تضمينه بمثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا او اعوز المثل ففي المعتبر قيمته يوم التلف في القيمي وحين الرد حيث تعذر المثل الا انه لو بيع باكثر من قيمته كان له تمام الثمن وانما يصح بالاعلى اذا كان مما يتغابن الناس بمثله كالخمس في المائة فانه يبعد صحيح ويلزم الراهن تمام قيمته ولا يقدح في استحقاق المالك الزيادة على الثمن اذنه في البيع بالاقل لان الاذن لما كانت لازمة عليه وكان للحاكم اجباره من لم يأذن لم يعتد باذنه في المقام فلا ينافي استحقاقه قدر ما يقتضيه الضمان من القيمة كما اشار المصنف اليه في الدروس ويصح الارض الخراجية كما يصح بيعها تبعا للابنية والشجر الكلام في صحة رهن الارض الخراجية بعينها بحكمها كارض الصلح التي صولح اهلها على ان الارض للمسلمين وعليهم خراجها مبني على جواز وعدمه فمن منع من بيعها مطلقا كالمحقق منع من رهنها ومن جوزه في بعض الاحوال اجازه فيه كالمصنف حيث اجاز بيعها تبعا لاثار التصرف يجوز هنا لك ايضا لا منفردة وقد نسب الى ظاهر

الدروس جواز رهنها منفردة ايضا لكنها لم يكن ح وضعفه ظاهر اذ المدار في صحة الرهن على امكان البيع لا على مجرد الملكية لكن العلامة مع اختياره بيعها تبعا للاثار منع من رهانتها وهو غريب وان وجه بان ملكيتها لما كانت تابعة للاثار فقد تزول قبل حلول اجل الدين فلا يمكن بيعها فلا يتم الاستيفاء وهو كما ترى اذ لو منع ذلك لا منع رهن العبد الجاني مع نص جماعة بجواز رهنه كانت جنايته او خطائية ولا رهن الطير في الهوى ولا السمك في الماء الا اذا كان محصورا مشاهدا المنع من ذلك متفرع على ما ذكره من اشتراط امكان القبض اي القدرة على التسليم والقدر اشتراط ذلك في صحة الرهن سواء قلنا باشتراط القبض في صحته ولزومه ام لا اما على اشتراطه فظاهر واما على عدمه فلعدم انصراف اولة الرهن من الاخبار وغيرها الى ما لا يمكن قبضه ولان الاستيثاق لا يتم الا بما يمكن بيعها بعد عجزه بها والقدرة على التسليم شرط في البيع كما مر وان امكن المناقشة في ذلك حتى على القول باشتراط القبض من حيث اعتراضه لا يقتضي كونه مقدورا على قبضه حين العقد بل يكفي القدرة عليه حين التسليم فان حصل القبض صح الرهن والا فلا ومنه يعرف الصحة على القول بعدم اشتراط القبض اولى اولا ولا دليل على اشتراط القدرة على التسليم في الرهن حين العقد كما في البيع واستفادة هذا المعنى من الاخبار ووصف الرهان فيها بالمقبوضة بعيد ويتجه منع الرهن لصحة البيع ممنوعا وان سلم ان ما صح بيعه صح رهنه الا انه لا ينعكس عكسا لغويا حتى يكون كلما لا يصح بيعه لا يصح رهنه لعدم الدليل عليه وغايته اعتبار الاستيثاق في الرهن وهو كما يحصل بما يمكن بيعه يحصل ايضا بما يمكن الصلح عليه وان كان غير مقدور على تسليمه لكن الانصاف عدم انصراف اولة الرهن الى غير المقدور على تسليمه حين العقد لا سيما على المختار من اشتراط القبض بل يبعد رهن نحو الطير في الهوى اذا لم يكن عادته الرجوع والسمك في غير المحصور من الماء والعبد الآبق ونحو ذلك سفهيا من المعاملة بل اعتبار هذا اولى من اعتباره في البيع والقول ان قاعدة ما يصح بيعه صح رهنه مطردة ومنعكسة اذ لو اكتفي في الاستيثاق بامكان النقل ولو بالصلح لجاز رهن المنافع والحقوق وغيرها لتعلق الصلح بالجميع ولا يبعد جواز رهن العبد الآبق مع الضميمة

لجواز

لجواز بيعها معه وفي جواز بيعه مما يتعذر تسليمه مع الضميمة ما مر من جواز بيعه وعدمه فتدبر ولا رهن المصحف عند الكافر او العبد المسلم الا ان يوضعا على يد مسلم هذا متفرع على اشتراط امكان القبض ايضا ولذا اشترط في التذكرة في صحة الرهن ان يكون الرهن مما يمكن اثبات يد المرتهن عليه قال فلو رهن عبدا مسلما عند كافر او رهن مصحفا عنده ما لا ورثت مكانه المنع لما فيه من تعظيم شعار الاسلام والكتاب العزيز انتهى الا ان للبحث مجالا في استلزام رهانتهما عند الكافر الاذلال للمسلم واهانة للمصحف اذ لا املاك للكافر فيهما ولا انتفاع وانما هو مجرد استيثاق واستحقاق للوفاء من ثمنه بعد الهلاك ببيع المالك او الحاكم ومثله لا يعد تسلطا ولا سبيلا لتحقق نحوه بالموت والتفليس ايضا وغايته اختصاص الكافر بذلك من دون الغرماء وهو لا يستلزم ما ذكر فلعل الاظهر الجواز وان لم يوضعا على يد مسلم فان وضع يد الكافر بمجرده مما لا يوجب نقصا ولا اذلالا ولذا اجاز ايداعهما عنده مع ان يد المسلم او وضع على يد ذمي والتفرقة بينهما غير معقولة ومع ذلك فوائد الوضع على يد المسلم اولى وانسب بحق التعظيم ولا رهن الوقف انه لا يصح رهنه لعدم ملكه في بعض الاحوال وبعدم جواز بيعه ونقله حيث يملك ولو جاز بيعه بوجه وجب ان يشترى بثمنه ملكا يكون وقفا وحينئذ لا يكون يجب اقامة البدل كما قيل في البيع للحاجر في المسالك والتصريح امكان جواز بيعه رهنه حيث يكون يجوز بيعه والاظهر منعه مطلقا لعدم الاستيثاق به لامكان ارتفاع الحاجز من الموقوف عليه قبل الاحتياج الى وفاء الدين وامكان انتقاله الى غير الراهن بتجدد موت ونحوه مضافا الى عدم انصراف اولة الرهن اليه ويصح الرهن في زمن الخيار وان كان الخيار للبايع لانتقال المبيع بالعقد على الاقوى اي لا يصح رهن المبيع في زمن الخيار اذا كان الراهن هو المشتري سواء كان الخيار له او للبايع لانتقال المبيع اليه بالعقد فلا مانع من صحة رهنه خلافا للمحكي عن الشيخ من عدم انتقال المبيع الا بعد انقضاء الخيار فان كان المشتري كان اجازة للبيع وان كان البايع كان فسخا كما نص عليه العلامة وغيره ويحتمل بطلان رهن البايع لعدم تملكه حين الرهن والاقوى الصحة لمقارنة الملك للرهن المقتضي للفسخ ان تقدم عليه ايابا

والمراد من صحة الرهانة هنا عدم المنافاة من حيث الملك وفي ذلك فلا يمنع البطلان من حيث نفسه
ابطال حق البايع من الخيار ولو كان لرجاء ردنا الى الفضوليات وبطلانه المنافيه لحقه من بيع وغيره
ولو قلنا بنفوذها ولزوم المثل والقيمة ان يرفعها مثل لنه فالمتجه صحة الرهانة ايضا هذا والظاهر
من الروضة حمل عبارة الكتاب على ارادة صحة رهن المشترى على ما في ذمته من ثمن المبيع في مدة
الخيار وهو بعيد لمنافاته والتعليل المذكور في العبارة الا بتكلف وانما الكلام في شرط
الرهن ايراد العين المرهونة في شرط الحق المرهون عليه ويصح رهن العبد المرتد ولو فطريا
لا حلاله في صحة رهن المسلم الا ما يحكى عن الاسكافي من اطلاق المنع وهو شاذ عن ما لعله البر لوجوه
المقتضي وانتفاء المانع اذ ليس سوى حتمال القتل فيما اذا استتيب فلم يتب وهو غير
صالح للمانعية والا لامتنع رهن المريض المدنف والجاني ونحوهما واولى بالجواز رهن الاسير لله
ولو غير مطوق وانما الكلام الاشكال في الفطري فقد جزم العلامة في التذكرة والمخ ببطلان رهنه
لمنافاته لوجوب قتله حتى على المرتهن واستشكل في القواعد لذلك ولكونه على القول بعدم
قبول توبته مطلقا في الظاهر والباطن من الاعيان النجسة العين الغير القابلة للتطهير فانه لا يصح بيعها
فلا يصح رهنها لكن الاشهر جواز بيعه ورهنه وان تعلق به حق القتل وهو الاظهر لبقاء المالية
وعدم المنافاة بين وجوب قتله حدا وبين بيعه ولهذا كان الاستيفاء قتله ربما حيث يتاخر عند الحد
لغيبة الامام لو اعتبر حضوره في اقامته او لعدم التمكن من قتله او للعصيان بالتاخير ودعوى دخوله
في الاعيان النجسة الممنوع من بيعها ممنوعة اذ المتيقن منها ما يخرج بالنجاسة عن المالية وما لم يكن يقبل — مع بعضها منه
بملكيته مع ان الاظهر قبول توبته باطنا كما سلف والجاني مطلقا اي يصح رهنه مطلقا عمدا كانت
جنايته او خطاء هذا هو المشهور بين الاصحاب بلا خلاف الا ما حكاه في المخ عن ط من المنع مطلقا
معللا بصورة العمد باستحقاق المجني عليه العبد الجاني ولصورة الخطاء بتعلق الارش فيه قبل
رقبته وهو كما ترى فان استحقاق المجني عليه بمعنى انتقال الملك العبد اليه ملكه ممنوع بل غايته
ثبوت حق القصاص او الاسترقاق وهو لا يمنع من الرهن ولا غيره من العقود لبقاء الملكية وامكان
سقوط

سقوط الحق بالحد والعفو عنه ونحو ذلك فان رضى المجني عليه بالفداء استمر لزوم الرهن والا بطل وانما يحتاج
الا ترى في الجناية الخطائية فعدم المنع فيها واضح فان الخيار للمولى بين الفداء والدفع للاسترقاق
فلا مانع من رهنه ويكون ذلك التزاما منه بالفداء حيث ينفذ ونحن كما سلف نظيره في البيع
فليلحظ فان عجز المولى عن فكه قدمت الجناية لا فرق بين عجز المولى من فك العبد المرهون
وقد ربّه في تقديم حق الجناية على حق المرتهن تقدمت الجناية على الرهن اولا تاخرت عنه بلا
خلاف اجده بين الاصحاب لا نحصار الجناية في حق من العين وتعلق حق المرتهن بالذمة ايضا ولان
حق الجناية بسبب النفس وهي اهم من المال ولتقديم حق الجناية على المالك الذي هو اولى من المرتهن
ولان المجني عليه استرقاقه وقيل ان كانت جنايته عمدية الا ان يفديه المولى او المرتهن ويرضى
بالفداء وان فداه المرتهن طمعا في بقائه رهنا لم يكن له الرجوع بالفدية على المالك وله الاسترقاق
بقدر الجناية ان كانت خطائية ولم يفده المولى فان استوعبت الجناية وقيمته استرق الجميع والا
فيقدم الجناية ويبقى الباقي على رهانته ولا يجب على الراهن ان يبدل بدل ما استرق منه الى المرتهن
رهنا وانما تقدم الجناية بعد ثبوتها بالبينة او باقرار المرهون وتصديق كل من الراهن والمرتهن
فلو صدق الراهن خاصة لم ينفذ في حق المرتهن ولم تبطل الرهانة فليس له التصرف فيه باستيفاء
الدين منه اما لو صدق المرتهن دون الراهن كان اعترافا منه ببطلان الرهانة فليس له التصرف
فيه باستيفاء الدين منه لكنه لا ينفذ في حق الراهن ويظهر الثمرة الفائدة فيما لو كان الرهن
مشروطا في بيع فان قلنا ببطلانه مطلقا لم يحصل الوفاء من الراهن بشرطه فيثبت للمرتهن الخيار في
البيع وان قلنا ببطلانه في حق المرتهن خاصة الى اماله لربما قراره فلا خيار ولو
رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الاجل فليشترط بيعه ورهن ثمنه ولو اطلق الرهن حمل عليه
اذا رهن ما يتسارع اليه الفساد من الثمرات والبقول والرياحين ونحوها فان كان الدين
حالا او يحل قبل فساده فلا اشكال في صحة رهنه وان علم او ظن فساده قبل الاجل فان
امكن استصلاحه بالتجفيف كالعنب والرطب واشترط المرتهن بيعه وبيع ثمنه عند خوف الفساد

فلا اشكال ايضا في صحته امّا لو اشترط الراهن عدم بيعه فالمتجه البطلان لمنافاته ما هو المقصود من الرهن
واحتمل في المسالك الصحة لحكم الشارع عليه بالبيع صيانة للمال وان كان قد اشترط عدم البيع وغيره
ان حكم الشارع عليه بالبيع لحفظ المال لا ينافي بطلان اشتراط عدم البيع الموجب لبطلان الرهن الا
ان يحكم بالغاء هذا الشرط او لا صالحية ضمه للشرط بل يفضو ويرضيكون من الشرائط الفاسدة الغير
التي لا يوجب فساده ومن هذه الحيثية فساد العقد كما اشرنا اليه واما مطلق الرهن لو اطلق الرهن
ولم يشترط بيع وله في العلامة في المخ المحكي عن الشيخ وابن ادريس وابن زهرة بطلان الرهن لعدم الانتفاع مطلقا
البيع وعدم صلاحيته لكونه رهنا لان الرهن على الدوام فهو في قوة الهالك والاشهر صحته لكونه
عند العقد مالا تاما وحكم الشارع ببيعه على تقدير امتناعه منه صيانة للمال حال ولتنافي وده
وقد ينافي بمنع تمامية المال بعد معلومية فساده قبل الاجل ومنع اجباره بحكم الشارع عليه بوجوب
البيع لحفظ المال اذ لا يلزم اجباره على بيع مال يتعلق به حق المرتهن ويدون الاجبار على
البيع لا يجدي الفساد ومع ذلك فالاظهر صحة رهانته لكون المدار في صحته على الاستيثاق بالرهن
ولو بعوضه على تقدير اتلافه وهو متحقق فيما نحن فيه فان العادة جارية بان المالك الشيء لا — بعوضه
يعرضه للفساد والتلف بل يستصلحه اذا امكن اصلاحه او بيعه اذا لم يمكن بيعه وهذا القدر كاف
في حصول الاستيثاق في هذه العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها قبل البيع وبثمنها بعده و
لا اشكال في التعلق بالعوض للاجماع على انتقال حق المرتهن الى العوض في اتلاف جناية على المرهون
اقامة البدل مقام المبدل ولا منافي في الاستيثاق عدم التزام المالك لربما بالبيع فان بيعها عادة و
نحو بيعه شرعا صيانة للمال كاف في الاستيثاق وتعلق حقه بالعين فلو صح الزام المالك بالبيع
حفظا لحقه من الاتيان ولعله بشرط البيع عليه حتى لو فرض امتناعه منه ولم يمكن اجباره
عليه الزم باقامة عوضه مقامه ورهنا مضافا الى ان حمل المسلم فلابد على الصحة يوجب تنزيل
العقد على ارادة ذلك وقصده فيكون البيع من الشرائط المقدرة والمقدر كالمذكور وهذا
اذا اضيف فساده ابتداء اما لو طرأ بعد الرهانة ما يوجب حدوث الفساد فلا اشكال في بقاء
العقد

الصحة والزام المالك في البيع فان امتنع تولاه الحاكم والا فعدول المسلمين ولو اهمل المرتهن السعي في
بيعه ضمن الا ان ينهاه المالك عن البيع واما المتعاقدان فيشترط فيهما الكمال وجواز
التصرف المراد من الكمال رفع الحجر بالبلوغ والعقل ومن جواز التصرف وقفه بالرشد والحرية
الاختيار ولا ريب في اشتراط الكمال في الصحة فلا يصح العقد من الصغير والمجنون لهما ولغيرهما
وان تعقبته الاجازة منهما بعد الكمال لالغاء عبارتهما ونحوهما لكن لو من سلب الشعور
عنه بالاكراه واما اشتراط جواز التصرف فهو معتبر لصحته من السفيه لو اذن له الولي ومن المملوك
لو اذن له المالك المولى ان كان العقد لهما وان كان لغيرهما فيصح مطلقا كما يصح من المكره ويلزم ان
تعقبته الاجازة حال الاختيار ورعايتها والكمال في كل من الراهن والمرتهن ظاهر اما اعتبار
جواز التصرف في المرتهن فقد يشكل اعتباره في قبوله حيث يكون الدين لغيره او لم يكن الرهن
مشروطا في الدين فانه لا مانع من قبوله من السفيه والمفلس والمملوك ذلك لعدم كونه تصرفا
ماليا بل هو نوع اكتساب وتصرف فيما فيه مصلحة ولعل المراد من العبارة غير ذلك
ويصح رهن مال الطفل للمصلحة وكذا اخذ الرهن له كما اذا اسلف ماله مع ظهور الغبطة او
خيف على ماله من غرق او نهب اي يصح ذلك لو ليه اجبارنا كان كالاب والجد ولا خلاف في
اعتبار المصلحة في تصرف الاجباري مطلقا رهنا كان او غيره لغوله ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن الا ان يكون التصرف لنفسه كما فيه اقتراض من مال اليتيم فانه قد يظهر من بعضهم عدم مراعاة
المصلحة فيه بل عدم المفسدة لاطلاق رواية ابي الربيع المتضمنة بنفي البأس عن اقتراض الاب
بفعل علي بن الحسين عليهما السلام ذلك ولا بأس به الا ان الاحوط مراعاة المصلحة ايضا لا
التقييد بها والا على مراعاته في سائر التصرفات واما الاجباري كالاب فالظاهر انه لا خلاف
في عدم اعتبار المصلحة في تصرفه لنفسه بل المعتبر عدم المفسدة مع احتمال عدم اعتبار ذلك
ايضا فيصح تصرفه مع المفسدة وان اثم وفي الحاق الجد به وجه قوي واما تصرفه لغيره
من الظاهر انه كسائر الاولياء منوط بالمصلحة مع احتمال العدم لظهور الاثر في غيره والمدار في

علي ما بعد في العرف والعادة فعله راجحاً علي ذكره ولا يجب تتبع ما هو الارجح بعد ثبوت الرجحان
لعدم تناهي مراتبهم وتعاديه في ذلك الي تعطيل مال الطفل وتضييعه الآن يحصل الدين فوداه
راجح وارجح فانه لا يجوز العدول عن الارجح الي ما دونه في الرجحان اذ المفهوم من الاحسن في
الاحسن في الآية ما كان احسن من غيره من الافراد المحققة الا فراد المحتملة المتعينة بالاصل
بل فقد يحتمل الاكتفاء بما كان احسن من عدمه وان وجد ما هو احسن منه لصدق الاحسنية
في الجملة سيما لو تجرد لفظ الاحسن عن معنى التفضيل وازيد منه ما كان حسناً ولو وافق
المصلحة نظر الولي وفي الواقع بان ظهر ان ما فعله غير سواهق لمجاري العادات فيحتمل سقوط
الضمان بعدم وجهها ذا فوتها الضمان ولا يعتبر في مصلحة دفع الرهن احتياج الطفل الي الاستدانة
وتوقفها علي الرهن بل يصح مع ظهور الغبطة مطلقاً فلو اشتري لليتيم ما يسوى مائتين بمائة في
الذمة وبذل فيه ما يسوى مائة رهناً بل لو ان يدفع ما يسوى مائتين او اكثر رهنا اذا كان
مما لا يخشى عليه التلف كالعقار ونحوه ولو تعذر الرهن هنا الوضع من تقدم عدالته
الاشارة بهما الخوف التلف علي مال اليتيم بغرق او نهب فانه اذا لم يمكن اخذ الرهن جاز
او اضر به وبه مع الاطمئنان بان يغرضه من الثقة وهذا مع الامكان والا فلو تعذر الثقة جاز
او اضر بغيره ايضاً لانه احسن من ابقائه لضعف احتمال التلف بالاقراض ولانه من جهة الحصول
في الوثائق والاخوة ووصف الثقة بالعدالة المراد من الثقة المعتبر به في النصوص والفتاوى
وقد لا يراد من الثقة ذلك بل من تطمئن النفس بمعاملته وان كان فاسقاً وربما كان الاطمئنان
به اتم من العدل والتقييد بالغلبة لبيان عدم منافاة عروض الفسق احياناً مع عوده الي العدالة
ونحو ذلك وتيسر بالتوبة اما لو كان الغالب علي احواله الفسق ونقض العدالة فلا اطمئنان باخباره
وعدم المسائل غير مختص بالرهن وكما في ودع واحكام كان ذكرها في غيره البتة وا…
الحق فيشترط ثبوته في الذمة كالقرض وثمن المبيع اي بعينه كونه ديناً فلا يصح الرهن علي الاعيان
مضمونة كانت او غير مضمونة وانه يكون حين الرهن ثابتا في الذمة مستقراً كان او غير مستقر كالقرض

قبل التفرق وثمن المبيع في مدة الخيار فاما اعتبار كونه دينا فلعله المشهور بل الاجماع في
المنع منه علي الاعيان الغير المضمونة كالوديعة والعارية ونحوهما واما الاعيان المضمونة فما
المنسوب الي الاكثر المنع للاصل واختصاص ما دل علي مشروعيته من الكتاب بالدين وعدم انصراف
الاطلاق بغيره الي غير الدين وان العين لا يمكن استيفاؤها من الرهن الا بعد تلفها الموجب للانتقال
الي المثل والقيمة والاستيثاق فيها بهذا المعنى محقق في الاعيان الغير المضمونة لاحتمال تضمينها
بسبب تعد او تفريط واختار الفاضل والمصنف في الدروس والمحقق الثاني والفاضل الثاني
وغيرهم الجواز لعموم ادلة الرهن ومنع عدم انصرافه الي العين بعد كون المفهوم منه الاستيثاق للمال
وخصوص ما ورد في صحيح ابن مسلم الوارد في السلم من قوله عليه السلام استوثق من مالك ما استطعت لتناول
المال الكلي من الدين والعين بل العلة في التأبيد اظهر والاختصاص للورود بالدين لا يخصص المورد
والفارق بين الاعيان المضمونة وغيرها بعد الاجماع تحقق سبب الضمان في المضمونة وتوجه
الخطاب بالتأدية حين الرهن فيحسن الاستيثاق بها بخلاف غير المضمونة لعدم معلومية حصول
التعدي والتفريط المقتضي والاصل عدمه وهذا هو الاقوى وعليه ففي صحة الرهن علي درك
المبيع او الثمن لو ظهر استحقاقهما قولان صرح في التذكرة بالمنع مع مصيره في الاعيان المضمونة
الي الجواز واختار في التحرير الجواز وهو خيرة ش حاكماً بعدم الفرق بينه وبين الاعيان المضمونة
وفي الحاشية بها في الجواز محل اشكال الفرق بينهما بان مضمونية الاعيان المضمونة متحققة
فعلاً بخلاف عهدة البيع لعدم معلومية ظهور المستحق له وبانه دفع الرهن من البائع يوجب
الضرر وعدم الانتفاع بالبيع كالرابع بما يزيد ودهن ما يساوي مائة سيما وان الرهن
مبني علي الدوام فانه موجب لعدم التمكن من فكه اذ لا يحصل الامن ظهور المستحق وانما هو
ضرر عظيم في حق الراهن وانه امر علي ذلك لا يبرز الضرر المنفي بالشريعة في العقود
واما اعتبار كون الحق ثابتاً حين الرهن بحيث يصح الرهن علي ما يستند ثبوته وان استند ان
فيما تماه الاخلاف فيه بين اصحابنا وانما يعرف الخلاف فيه الي بعض المخالفين حيث سوغ

الرهن علي الدين قبله وان حكم بعدم تأثيره اللزوم الا بعد الاستدانة وضعفه ظاهر فان انفصال الاثر
عن المؤثر والمسبب عن السبب غير معقول لكن في اعتبار سبق الحق علي عقد الرهن او الاكتفاء
بمقارنتهما خلاف بين الاصحاب ففي التذكرة لو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين مثل ان يقول
بعتك هذا العبد بالف وارتهنت هذا الثوب به فقال المشتري اشتريت ورهنت او قال
اقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها دارك فالاقرب الجواز معللاً بان الحاجة تدعو الي
فانه لم يتعقله يمكن من الزام المشتري عقله ولان شرط الرهن وسبب الدين في عقده ففي الجواز
اشكال وفي الدروس فيه وجهان لكن المنسوب الي الاكثر الي ما هو صريح المحقق الثاني من
عدم الجواز نظراً الي وقوع ايجاب الرهن او قبوله قبل ثبوت الحق فكما لا يجوز تأخر ثبوت
الحق عنهما جميعاً فكذا عن احدهما ولان الظاهر من الرهن افتقاده الي سبق الرهن تعلق الحق
حتى يصدق عليه الاستيثاق من مالك كما هو المتبادر من الآية والرواية ولان عقد الرهن مشروط
بثبوت الحق فهو كغيره من العقود والمعلوم اعتبار تأخر عقودها عما يعتبر في صحته متعلقها فلو
اوجب البيع علي مجهول او غير مقدور فانتقل الي المعلومية والمقدورية قبل البيع لم يصح البيع
علي مجهول او غير مقدور فانتقل الي المعلومية والمقدورية قبل ولعل الاظهر الجواز لعموم
لعموم الرهن وانتفاء ما يدل علي اعتبار تقدم الحق علي تمام عقده والتقييد بما اعتبر
من الشرائط في البيع ونحوه غير مجد فان تلك الشرائط معتبرة في المعقود عليه فيعتبر حصولها
في تمام العقد علي نحو الشرائط المعتبرة هنا في المرهون بخلاف اشتراط الحق فانه معتبر لتحصيل
معنى الاستيثاق بالرهن لعدم تعقل الاستيثاق وانعقاد الرهن علي غير حق وانعقاده علي
الحق متحقق علي مع سبقه علي الحق علي تمام العقد وعلي الجزء الاخير ومع مقارنته له ودعوى
اشتراط سبقه علي جميع اجزاء العقد غير مسموع فيه اذ لا دليل له لعل الافتراق اولى من السبق في
تحصيل معنى الرهانة والاستيثاق حيث انه تأخر عن الحق وقد يفضي الي عدم التمكن من تحصيل
الرهن ولو كان مشروطاً في بيع ونحوه كما اشار اليه العلامة وغيره والدية بعد استقرار

الجناية اي بعد انتهائها حالاً فلا يصح الرهن قبل استقرارها لاحتمال سريان الجناية الي ما فوقها من
النفس او ما دونها فلا ثبوت للحق قبل انتهائها الي اشتهائها ولا وقف في ذلك بين ان تكون الجناية
موجبة للدية او لا علي ظاهر المشهور وحكي في المسالك قولا بجواز الرهن علي ما يوجب الدية مطلقا
الدين الموجب للدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها ويقوى عند البعد في المسالك ايضاً وفيه
ان الدية اللازمة بعد الموت مستندة اليه لا للقطع وان كان القطع مما يوجب الدية ايضاً لو لم يسر فلا
حق ثابت مع احتمال السراية لم تثبت سوى دية واحدة مستندة الي الموت وفي الخطاء عن الحلول
علي قسطه لما كانت الجناية الخطائية متعلقة بالعاقلة مقسطة علي ثلاثة احوال وكان المدار
في العاقلة علي من اتصف بالعقل عند حلول الحول بعلم تعلق الجناية بمن كان عاقلة حين
الجناية لجواز عروض موته او جنونه او غير ذلك مما يوجب كونه العاقلة عند رأس الحول غيره فلم
يعلم ثبوت الحق في ذمته لعدم العلم بالمستحق عليه فلا يصح اخذ الرهن من حين الجناية بخلاف
الجناية العمدية والشبيهة بالعمد فان الجناية متعلقة بالجاني وان كانت مؤجلة فانه يصح اخذ
الرهن عليها لمعلومية الحق والمستحق عليه كما في الدين المؤجل وقد يظهر من الدروس مساواة
الجاني في شبيه العمد للعاقلة في المنع من الرهن الا بعد حلول الحول ولا وجه له بعد تعين
المستحق عليه بعد الشبيهة ومال الكتابة وان كانت مشروطة علي الاقرب جواز اخذ
الرهن علي مال الكتابة متفرع علي لزوم الكتابة من طرف المكاتب وعدمه وحيث ان المعروف لزوم
الكتابة المطلقة بل في المسالك الاجماع عليه وجب صحة اخذ الرهن علي مالها من غير خلاف كما
بيناه في المسالك ايضاً لكن في الروضة قال وفيه قول ثالث من ان المشروطة جائزة من الطرفين
ان المطلقة لازمة من طرف السيد خاصة ويتوجه عدم صحة الرهن ايضاً كالسابق انتهى ولم
علي القول بجواز المطلقة من طرف العبد ولعل القول المشار اليه ما حكاه في الروضة ايضاً في
باب المكاتبة عن ابن حمزة من ان المطلقة جائزة من طرف السيد خاصة وظاهرهم التسالم
علي لزومها من طرف العبد ولعل القول المشار اليه ما حكاه في الروضة فلا اشكال في جواز اخذ

الرهن عليها انما المشروط فيه ذلك ايضا بناء على المشهور من لزومها من الطرفين كما هو الاصح وعلى ما ذهب اليه الشيخ الحلبي من جوازها من جهة العبد او على ما ذهب اليه ابن حمزة من جوازها من الطرفين فالمنع لعدم تعقل الرهن والاستيثاق على مال الكتابة حينئذ في كل وقت بل يعتبر في الحق ان يكون لازما او يؤول الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ويكون لازما بالقوة القريبة من الفعل بخلاف مال الكتابة على هذا التقدير فانه مما لا يؤول الى اللزوم مطلقا كما في الروضة وغيرها من ان الجواز و التمكن من الاسقاط لا يمنع الرهن والتنظير لذلك بالثمن في مدة الخيار منظور فيه فتدبر ومال الجعالة بعد الرد لا قبله لا اشكال في صحة الرهن على مال الجعالة بعد العمل المجعول عليه ردا وغيره لاستحقاق العامل المال في ذمة الجاعل ولزومه كما لا اشكال في عدم صحته قبل الشروع في العمل لعدم استحقاقه اصلا بخلاف مال الاجارة فانه مستحق لازم في ذمة المستأجر بعقد الاجارة وان لم يجب تسليمه للاجير قبل كمال العمل اما لو شرع العامل في العمل المجعول عليه ففي صحة الرهن على مال الجعالة قولان اشهرهما البطلان لان العامل لا يستحق شيئا الا بتمام العمل وفي التذكرة ان الاقوى الجواز لانتهاء الامر الى اللزوم فصار كالثمن في مدة الخيار ومقتضاه ثبوت الحق في ذمة الجاعل في الشروع في العمل الا انه متزلزل كالثمن في مدة الخيار مع ان المعروف عدم استحقاقه بالشروع الا بعقد او ما عمل ان كان الفسخ من الجاعل وان كان من العامل فلا يستحق شيئا اصلا كما سيأتي في محله ان شاء الله ثم لو فرض استحقاقه فيه لا يمتنع جواز الرهن عليه لاشتراط الحق المرهون عليه باللزوم فعلا او بالقوة القريبة من الفعل كالثمن في مدة الخيار فان سبب اللزوم وهو العقد موجود وبقاؤه على حاله يفضي الى اللزوم واحتمال طرو الفسخ في مدة الخيار منفي بالاصل اما مال الجعالة فان استحقاقه بعقد الجعالة والشروع على فرضه جائز ولو بقي العمل على حاله لم يفض الى اللزوم واحتمال طرو اللزوم بكمال العمل منفي بالاصل فلا وجه للتنظير بالثمن في مدة الخيار والى ذلك اشار الفاضل الشارح في الروضة والمسالك فلا بد من

امكان له استيفاء الحق من الرهن فلا يصح الرهن على منفعة المؤجر عينه مدة فلو آجره في الذمة جاز فقد سبقت الاشارة الى ان المعتبر في الرهن امكان ام امكان استيفاء الحق منه لكونه بمعنى الوثيقة فلو لم يمكن الاستيفاء منه لم يكن وثيقة على الحق ولا اشكال في امكان الاستيفاء في كل حق متعلق بالذمة عينا او منفعة فلو آجره على تحصيل عمل من لا على اثر الاعمال بنفسه او بغيره جاز اخذ الرهن عليه لامكان استيفاء ما في الذمة من الوجوه بتحصيل المنفعة به اما ما كان متعلقا بالعين كمنفعة الاجير المعين او الدابة المعينة فانه لا يمكن استيفاؤه من الرهن لامتناع تحصيل المنفعة المعينة منه عند تعذرها بل تنفسخ الاجارة بتعذرها لهلاك ونحوه وثبوت اجرة المثل في بعض الاحوال كما لو استوفاها المؤجر بنفسه او بغيره او منعها في وجه لا يثبت صحة الرهن لعدم الحق بين الاعيان ومجرد احتمال الضمان لا يسوغ اخذ الرهن عليه ولذا اجمعوا على منع الرهن في الاعيان الغير المضمونة وانما حكي من حكم بالجواز في الاعيان المضمونة نظرا الى تحقق سبب الضمان وتوجه الخطاب بالمثل او القيمة حين الاتلاف فهو مضمون بالفعل او بالقوة القريبة فيحسن اخذ الرهن على مثله وشمله عموم الادلة بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضمان فيه فعلا ولا حال لو تسبب التفويت او الاستيفاء المنفي لاجرة المثل منفي بالاصل ولذا حكم الاصحاب هنا من غير خلاف يعرف بينهم بعدم جواز الرهن وان اختلفوا في الاعيان المضمونة التي ادرج فيها العلامة في التذكرة المضمون بالعقد كالمبيع قبل القبض فجوز اخذ الرهن عليه لاحتمال طرو الانفساخ فيسترد الثمن المدفوع اليه من الرهن ولو لم يدفع الثمن الى البائع لم يسغ اخذ الرهن على المبيع لتعذر استيفاء عينه من الرهن لانفساخ البيع بالتلف وعدم ثبوت المثل او القيمة الا على تقدير مباشرة الاتلاف ولا ضمان قبل تحقق الاتلاف والحق المنع في ساير الاعيان المضمونة مثل الاجارة اذ ادفع المستأجر قبل كمال العمل لاحتمال عدم الكمال لرد استحقاق المستأجر الرجوع به فلا يمكن حصوله من تحصيله الا بالرهن وهو منجر حيث ان دفع الى الاجير لم يكن على جهة الاستحقاق وملك الاجير له بمجرد البذل واستقراره

بالعمل غير معلوم واحتمال عدم الرجوع بالاصل فكان كالمدفوع فيضا يحسن اخذ الرهن على مثله ويندرج في عموم الادلة ولا يلزم من جواز اخذ الرهن على مثل ذلك جوازه على تحصيل المنفعة المعينة قبل عروض ما يوجب الضمان باجرة المثل كما لا يخفى ويجب البحث الى التعيين منفعة كان او اجرة معينة او نحوه بيع او غيره ذلك لمنافاة التعيين لامكان الاستيفاء المعتبر في الرهن كما نبه عليه في التذكرة ويصح زيادة الدين على الرهن وزيادة الرهن على الدين لا اشكال في صحة الرهن مع زيادته على الدين او زيادة الدين عليه لتعلق الدين بالذمة وان الغرض من الرهن الاستيثاق عليه في الجملة فلا تقدح زيادته ونقصه في الوثيقة لكون ذلك باعثا على الوفاء لامكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظا للدين ولا زيادة الدين عليه لحصول الاستيثاق البعض منه فيبقى الباقي متعلقا بذمته من الرهن ويستفاد من جواز زيادة الرهن ونقصانه عدم المنع من الرهنين على دين واحد وانه يجوز ان يجعل رهن دين ورهنا عليه وعلى دين آخر مع اتحاد المرتهن ولو تعدد فالظاهر عدم صحته الا مع اجازة المرتهن واما اللواحق فمسائل اذا اشترط الوكالة في الرهن لم يملك عزله ويضعف بان المشروط في اللازم يفيد جواز الفسخ لو اخل بالشرط لا وجوب الشرط لو فسخ الوكالة فسخ المرتهن للبيع المشروط للرهن ان كان قد سلف ان اشتراط المرتهن الوكالة من الراهن في البيع والحفظ من الشروط السائغة فلا مانع من اشتراطه في عقد الرهن ومقتضاه ان المشروط ان كان هو الوكالة لزم التوكيل لعموم الوفاء بالشروط الا ان في وجوب استمرار الوكالة وعدم ملك الراهن لعزله موضع تردد نظرا الى ان الوكالة من العقود الجائزة واشتراطها لا يغير ما هو حكمها من جواز الفسخ حتى لو اشترط عليه في الوكالة لزم التوكيل وعقابها وقلنا بصحته وترتب الوكالة بالشرط من غير عقد لم يتغير حكمها ايضا بل لو اشترط الاستمرار وعدم العزل بل يصح العزل وان اثم بفعله من حيث مخالفة الشرط لعدم الاخذ في عقد لازم ولعله لذلك تردد المحقق في الشرايع وما قيل من ان الشرط في العقد الجائز غير لازم والرهن وان كان لازما من قبل الراهن لكنه

جائز من قبل المرتهن فلا يلزم الشرط فيه ترجيحا لجانب الجواز ولما بنى عليه من عدم وجوب الوفاء بالشرط مطلقا وانما فائدة العقد اللازم عرضه بالجواز والفسخ لكن الاظهر ما هو المشهور بل نقل الحلي في الخلاف عنه من لزوم هذا الشرط على وجه العزل لان المفهوم عرفا من اشتراط الوكالة في البيع انما هو اشتراط البيع بحسب الوكالة لا مجرد اشتراط عقد الوكالة وان صح الراهن لعدم الفائدة فيه بل ربما كان من الشرائط العبثية على هذا التقدير نظير ما ذكره الاصحاب من لزوم عقد التدبير بنذره لكون المنذور في نذره بعد الموت لا مجرد عقد التدبير وان رجع عنه قبل موته وان نافيهم في ذلك الفاضل الشارح كما سيأتي واما توهم عدم لزوم هذا الشرط لترجيح جانب الجواز في عقد الرهن المأخوذ فيه ففيه انه ترجيح جانب الجواز ليس اولى من ترجيح جانب اللزوم سيما بعد كون الملتزم بالشرط هو الراهن المحكوم بلزوم الرهن من قبله على ان عموم الامر بالشرط مثنا ولذا اختلفوا في العقود مطلقا لازمة كانت او جائزة والمراد من حكمهم بجواز الشرط المأخوذ في العقد الجائز انما هو تبعيته لنفس العقد في بقائه وفسخه لولا يراد فسخه بل يراد العمل بمقتضاه يلزم العمل بالشرط وحيث يفسخ العقد يبطل الشرط في الانفساخ وليس المراد جواز فسخ الشرط بدون العقد فليتم واما ما ذكره المصنف من البناء فقد تقدم في البيع ضعفه بل اللازم منه فيما نحن فيه خلو الشرط عن الفائدة اصلا لثبوت تسلط المرتهن على الفسخ مع الشرط وبدونه من ان ضرره بالفسخ لحال الغير الشرط اقوى من ضرره بعد ان الشرط مع بقاء العقد فالاولى ما من المصنف الاصحاب في الارتهان حيث في لزوم هذا الشرط وجعل الفائدة هنا منحصرة بفسخ البيع لو اخذ الرهن والوكالة فيه شرطا في عقد لازم كالبيع لكنه خروج عن محل البحث وينفادح في الروضة اعتمادا على ما ذكره المصنف في بعض تحقيقاته من ان اشتراط ما يكون العقد كافيا في تحققه لازم انه يصير لزوم الوكالة لانه يصير كجزء من الايجاب والقبول فيلزم حيث يلزم ما نحن نظر يعرف مما مر من ان مراد المصنف من لزوم حصوله والعقد كاف في تحققه لعدم احتياجه الى عقد آخر غير الوكالة فان اشتراطها كان في حصولها وهذا

لا يقتضي دوام الوكالة في نفسها وعدم التمكن من فسخها وتحققها بالشرط كما لا يخفى
الثانية يجوز للمرتهن ابتياعه وهو مقدم على الغرماء ولو اعوز ضرب بالباقي مع الغرماء اما
ابتياع المرتهن الرهن فلا اشكال فيه ان لم يكن وكيلا في البيع بان يشتريه من الراهن او ممن يكون
وكيلا في بيعه ان فهم عموم الوكالة واراد البيع من اي مشتر كان ولو من نفسه فلا اشكال في
الجواز ايضا الا من حيث اتحاد الموجب والقابل وقد عرفت عدم المنع منه لكفاية المغايرة الاعتبارية
وان الوكالة في البيع تقتضي جواز ابتياعه لاطلاق الوكالة وعدم انصراف الاطلاق الى الغير و
للخبر المتضمن في شرائه فلان الظاهر المنع الجواز المنع من انصراف الاطلاق الى الغير خصوصا
الظاهر الغيرية في الظهور الاخر ايضا والمنع لحوف التهمة في كثير من الاحوال ولعدم صلاحيتها
للمنع على فرضها ثم لا يبعد كونه كراهية منه ولو في البيع على الغير كما لو كان ولده او عياله
الاسكافي ولا ينبغي لنا القول بالمنع واما اختصاص المرتهن بالثمن وتقدمه على الغرماء فلا
خلاف فيه وان كان المديون حيا وان افلس وحجر عليه وكذا اذا كان ميتا الا ما ينسب الى
الصدوق فلا بد من خبر عبد الله بن الحكم الظاهر في قسمة جميع ما ترك المديون من المرهون
وغير المرهون على غرمائه بالحصص وهو وان كان لم يؤيد من الاعتبار والاثار ضعيف بالشذوذ
ومخالفة الاجماع ... على ما اذا كان الرهن بعد التحجير
الثالثة لا يجوز لاحدهما التصرف فيه اي لا يجوز لكل من الراهن والمرتهن التصرف في الرهن
وهو في الجملة مجمع عليه بين الاصحاب مضافا الى النبوي المشهور النقل كما عن ايضاح
النافع الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن الا ان المقدار المقطوع به من نصوص
الراهن هو المنع من كل تصرف مضر بالمرتهن من مزيل للملك او ناقص للرهن عينا او قيمة او مزاحم
لمقصوده كرهنه من غيره ونحو ذلك واما الانتفاع به من ركوب او لبس او استخدام او
ونحو ذلك فظاهر المنع اجماعا لعموم النبوي المذكور المعتضد بظاهر الاجماع المحكي عن ط و
صريح المحكي عن الخلاف على انه ليس له ان يكري دار الرهن او يسكنها غيره ...

من مفهوم

من مفهوم الرهن الذي هو بمعنى الحبس للاستيثاق وحرمان المديون على الاداء فانه لا بد ذلك بلا ريب
الحجر على الراهن في جميع الانتفاعات كما اومى اليه جماعة من الاصحاب فما قد يظهر من التذكرة
من قصر المنع على ما يضر بالمرتهن خاصة غير منجبر وان تبعه في ذلك بعض المتأخرين اذ لا
مستند له سوى الاصل المنقطع ببعض ما عرفت وما ورد في صحيح بن مسلم وحسن الحلبي عن
الصادق عليه السلام في الجارية المرهونة ايحل وطؤها فقال ان الذين رهنوها يحولون بينه وبينها
قلت ارايت ان قدر عليها خاليا قال نعم لا ارى هذا عليه حراما وما ورد من الطريقين بركوب ذاك
مرهونا وعلى الذي يركبه نفقته والذي يشرب وعلى الذي يشرب نفقته وغيره ان ما دل على
جواز الوطي مع قصور دلالته واحتمال ارادة نفي الحرمة الذاتية الموجبة للحد متروك لا نعلم قائلا
به والظاهر ... بالمرتهن غالبا ولاعراض الاصحاب عنه ومعارضته بالمشهور المعتضد بظاهر كلمة الاصحاب
ونقل الاجماع على تحريم الوطي بالخصوص في المحكي عن الخلاف وط كما هو ظاهر غيرهما فلا مناص عن
الاعراض وحمله على التقية التي تشهد بها كيفية الجواب ايضا البتة وما دل على جواز الركوب
والشرب في مقابلة النفقة ان اقتضى بعدم الفرق بين الراهن والمرتهن في اباحتهما ومقتضاها فصدم
تقييده بالاباحة عليها بالخصوص لا لكل تصرف وستعرف ما فيه فلا اشكال في عموم الحجر لجميع
التصرفات عدا ما فيه مصلحة الرهن كمداواة المريض بما لا ضرر فيه وسقي الدابة وعلفها
وتأبير النخل وختن الجارية وختن العبد والفصد والحجامة ونحو ذلك ثم الاجماع على
بل صرح جماعة بجوازه ونقل ظاهر الباقين لعدم تعرضهم لمنع شيء من ذلك مع ان المنع منه
ربما ادى الى التلف او المال وهو ضرر على المالك ولو لم يكن سوى الاصل بعد الشك في صدق التصرف
عليه ... على الجواز فما عن بعض الافاضل من التامل فيه
لعله في غير محله واما المرتهن فلا اشكال في منعه عن كل تصرف من جميع الوجوه التي
عدا ما يتعلق بالحفظ حيث يكون الرهن بيده والاستيفاء ببيع ونحوه حيث يتعذر الوفاء
من المالك فلو تصرف الراهن من غير اذن المرتهن فان كان بعقد ناقل للعين لم ينعقد الا باجازة

والصحيح وان كان تزويج لعبده او امته صح الا انه لا يسلم بدون اذن المرتهن وان كان بنقل منفعة كالاجارة
ونحوها فان كانت المدة ما تنقضي بعد حلول الدين وقف على اجازة المرتهن وان كان انقضاؤها
قبل حلول الدين ففي ... بدون الاجازة وجهان اقربهما العدم حسما للمادة كما قد عرفت
وان كان بانتفاع كسكنى الدار وركوب الدابة اثم على الاقوى وفي الزامه باجرة المثل لتكون رهنا
وجهان اقربهما العدم كما سيأتي وان كان بغرس او زراعة اجبر على ازالته ولو حل الدين
او نوى قلع في الارض المرهونة ففي الزام الراهن بقلعه وجهان العدم وان كان بوصية او تدبير
صح على الاقوى لعدم التصرف بالرهن وعدم مزاحمة المرتهن لكون التدبير وصية ولا وصية الا
بعد الدين ولو تصرف المرتهن بلا اذن الراهن اثم وضمن الرهن عينا ومنفعة بالاستيفاء
والتفويت كالغاصب ولو كان له نفع او اجر يمكن ان يراد من لزوم اجارة دفعا للفوت
اللاحق للراهن بتفويت منفعة المملوكة له وللمرتهن بتفويت الاجارة التي تكون رهنا عنده
ايضا بناء على انها من النماءات التابعة للعين كالثمرة ونحوها فلو اتفقا على حبس ذلك بيد المالك
ذلك وان امتنع المرتهن من تسليم العين حيث تكون بيده الى المستأجر جبره الحاكم على التسليم
وهو جيد لولا منافاته ما تقدم من ان الراهن محجور عليه في جميع التصرفات الناقلة
للعين والمنفعة وغيرهما فلعل العمدة لما يرى المنع من التصرف الذي لا يضر بالمرتهن فتأمل
ولو احتاج الى مؤنة فعلى الراهن ما احتاج الى مؤنة ان كان حيوانا واجب النفقة على المالك
فلا ريب في لزوم نفقته للراهن حيث يكون ملكا فيجبر عليها ان امتنع ولو تبرع المرتهن او
بالنفقة مع عدم الامتناع لم يستحق الرجوع عليه وان قصد الرجوع ولو امتنع رفع امره
الى الحاكم ليجبره على الانفاق فان تعذر جبره استأذن الحاكم في الانفاق والرجوع
فاذا انفق رجع على المالك ولو تعذر الحاكم اشهد عدول المسلمين على الانفاق والرجوع
ليرجع به وانما يعتبر الاشهاد لثبوت الحق من غير يمين والا فيكفي في الرجوع بدعوى
الانفاق وقدره ونية الرجوع مع اليمين وهكذا لو تعذر استيذان المالك لغيبة

ونحوها

ونحوها اما لو كان الرهن غير حيوان وكان محتاجا الى مؤنة كسقي الاشجار وتجفيف
الثمار واجرة البيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون واجرة من يرد العبد من الاباق ونحو ذلك
فظاهر العبارة ونظائرها الزام الراهن بها وهو مشكل فان الزام المالك بتعمير الدار والحويلة لو ادت
العمارة الى الخراب ورد العبد اذا ابق بيد المرتهن ونحو ذلك مخالف لما دل على ان الناس مسلطون
على اموالهم ولاصالة البراءة من الوجوب وتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة لا يقتضي وجوب
تدارك التلف ... لا لانه يستحق تعلق المرتهن به الا ان يكون قد اشترط المرتهن عليه ذلك
ولو انتفع المرتهن به لزمه الاجرة وتقاصا ظاهره ان الانتفاع بالمرهون مما له مؤنة
كالحيوان او لا فان المرتهن ... كان ممنوعا باذن الراهن او بدونه ... موجب للزوم
الاجرة في ذمة المرتهن وجواز التقاص بها من الدين وهو بالنسبة الى لزوم الاجرة
اجرة كالركوب والاستخدام والعوض فيما له عوض كاللبن المشروب جار على قاعدة التصرف و
الانتفاع بمال الغير عينا ومنفعة الا ان جواز التقاص بذلك من الدين مطلقا مخالف لمقتضى
القاعدة الشرعية من استحقاق كل منهما الرجوع على صاحبه بما يستحق عليه الا ان يريد
التقاص القهري حيث تكون اجرة المثل مماثلا للدين من غير ... او على التراضي منهما بذلك
وعليه يحمل ما ورد في جملة من النصوص المعتبرة الواردة في رهن الارض التي لها غلة او يزرعها
المرتهن انه يحسب للمرتهن من مال الرهن ... في دينه والمستفاد من اطلاق العبارة
لزوم الاجرة وان كان المرهون حيوانا قد انفق عليه بنية الرجوع لكن المنسوب في الدروس
الى المشهور جواز الانتفاع في المركوب والمحلوب بالركوب واللبن في مقابلة مؤنته اذا قام بها
المرتهن زادت على اجرة المثل او نقصت وبه صرح الشيخ في ط وابو الصلاح وغيرهما مع زيادة
الانتفاع باستخدام العبد ايضا استنادا الى الصحيح عن ابي ولاد عن الصادق عليه السلام في الرجل يأخذ
الدابة والبعير رهنا بماله اله ان يركبه فقال ان كان يعلفه فله ان يركبه وان كان الذي
رهنه عنده يعلفه فليس له ان يركبه وخبر السكوني عن ابي جعفر عن ابيه عن ابائه عن علي عليهم السلام

قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا
كان مرهونا وعلى الذي يشرب نفقته الا ان الاعتماد على هذين الخبرين في معارضة القواعد
الشرعية كقاعدة حرمة التصرف والانتفاع بمال الغير من غير اذنه وقاعدة عدم استحقاق
رجوع المتبرع بما غرم وقاعدة رجوع كل ذي حق بحقه الا مع اشتراط المقاصة في غاية
الاشكال سيما مع عدم صلاحيتهما لمقابلة المقاصة وعدم ثبوت موافقتهما للشهرة بل
قيل انه لم يعمل بهما من اصحابنا سوى الشيخ في النهاية وابي الصلاح فلا مناص عن اطراحهما وحملهما على
صورة الاذن من المالك او من يحكم بذلك وعلى فرض توقف الحفظ عليه لما قيل من ان
بعض الدواب يفسد بعدم الركوب وترك الحلب او على خوف ضياع ما ينفقه على صاحبه ثم
فقد دل فحوى ... جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استيذانه واستيذان
الحاكم واستحسنه في الروضة وهو حسن لكون الانتفاع به على هذا الوجه مع ضمان المثل والقيمة
من الاحسان المقطوع معه برضا المالك عادة الا انه لا يقتضي الرجوع على المالك بالنفقة
حيث يكون متبرعا بها فضلا عن ان تكون النفقة في مقابلة الانتفاع وان اذن او نقص فلا
يخرج الخبران بذلك ... عن مخالفة القواعد الشرعية الرابعة لا يجوز للمرتهن الا ستقلال
بالاستيفاء لو خاف جحود الوارث اذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين وعدم الرهن
لا خلاف في جواز استقلاله بالاستيفاء مع خوف الجحود وعدم البينة بل عن شرح الارشاد
ومجمع البرهان الاجماع عليه مضافا الى مكاتبة المروزي لابي الحسن ع في رجل مات وله ورثة
فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهنا فكتب ع ان كان على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ
ماله مما في يده ويرد الباقي على ورثته ومتى اقر بما عنده اخذ به وطولب بالبينة على
دعواه واوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله
ما يعلمون له على ميتهم حقا ولا وجه للمناقشة في سندها بعد انجبارها بما عرفت ولا في
دلالتها ... اطلاقها جواز المقاصة بدون خوف الجحود نعم قد يدعى اعتبار العلم بالجحود

اقتضاءا

اقتضاءا ... اطلاق النص ... الحجر في التصرف بمال الغير على المتيقن لكن الاصحاب اعتبروا خوف
الجحود نعم قد يدعى اعتبار ذلك وصرح في كلام الاصحاب بعضهم بالظن الغالب مع انه ... من ذلك العد
عرفا وتقييد الجواز بعدم البينة معتبر في النص والفتوى عدا عبارة الشرايع فان اطلاقها يقتضي
في عدم اعتبار فقد البينة كما هو صريح المحكي عن الاردبيلي وهو غريب لظهور النص في التقييد
بعدمها كما هو الاوفق بالاحتياط في التصرف بمال الغير بغير اذنه بل لولا الاجماع لنفي المنع
لو مع العلم بالجحود وعدم البينة لان المقاصة انما تحل مع الامتناع عرفا اذ الحق بعد ثبوته شرعا
ولم يثبت الامتناع وان جحد الوارث لعدم علمه بالحال فالمدار في البينة المعتبر نفيها القبول عند
الحاكم علما او ظنا اما لو ظن عدم قبولها عند الحاكم باحد الاسباب في القاء وجودها
اذ ... ذلك ولكن عجز المقبول كالمعدوم فالظاهر الحاق الراهن بالوارث لو خاف جحوده ولا يعتبر
اذ المقاصة ... وفي اختصاص هذا الحكم بالرهن او تعديته الى سائر الامانات ونحوها اقوى التعدي
لعجزه من الامانات لعدم الفارق بينها في النص بعدم الاستيفاء ولا يعتبر استيذان الحاكم
بالمقاصة هنا وان امكن ... امكان الاستيذان على وجه العموم بحيث لا يؤدي الى الاعتراف
بالرهن واطلاق النص والفتوى بخلاف الاستقلال بالاستيفاء في مقام امتناع الراهن عن الاداء
او غيبة المطل ولذا كان الاظهر توقف الاستيفاء على اذنه لكونه ولي الممتنع والغائب فالرجوع
اليه كالرجوع على المالك الا ان يخاف من الرجوع الى الحاكم والاعتراف له بالرهن فوات حقه
فله الاستقلال من غير مراجعة دفعا للضرر الخامسة اذا باع احدهما توقف
على اجازة الآخر لا ريب في توقف صحة بيع كل من الراهن والمرتهن من غير اذن على اجازة
صاحبه اما المرتهن فلانه فضولي ملك واما الراهن فلانه وان كان مالكا الا انه محجور
عليه لحق المرتهن فهو فضولي حق لا يصح بدون رضا المرتهن واجازته للبيع من كون الاجازة
او كاشفة ناقلة في البيع وتوهم كون الاجازة من المرتهن لا تكون نافذة نظرا الى انها بمعنى
اسقاط حقه من العين ولا سقوط قبل الاجازة والرضا فيستحيل تحقق السقوط قبل

الاسقاط مدفوع بان معنى اجازته ورضاه بما يستظهر البيع السابق المنافي لحقه فلا مانع من
وقوع اثره في الزمن السابق على ما هو معتبر في صحته من رضا المرتهن وهو معنى الكشف حيث
تحقق الاجازة فان كان البيع قبل حلول اجل الدين حيث يكون مؤجلا فالاظهر بطلان الرهن
في كل من العين والثمن الا ان يشترط المرتهن في اجازته وهو الثمن اما البطلان مع الاطلاق فلان
العين والثمن الا ان يشترط المرتهن في اجازته جعل الثمن رهنا ... وعدم الدليل على قيام عوضهما
مقامهما كما في صورة الاتلاف ونحوه مما تقدم عليه الفساد واما جعل الثمن رهنا مع الشرط
فلعموم وجوب الوفاء به ولظهور الاتفاق وان كان للمناقشة مجال في لزوم هذا الشرط لعدم اقترانه
بعقد لازم بل بالاذن وهي جائزة من العقود ودعوى ان الشرط في الاذن بالعقد كالشرط
في العقد مصادرة وتوجيه المتن له في الدروس بانه وثيقة من نقل الوثيقة من عين الى اخرى
كالاذن ثم لو قيل ان عقد الرهن يقتضي تعلق الحق بالعين والعوض في كل اتلاف موجب للعوض
بيعا كان او غيره امكن دعوى بقاء الحق في العوض مع الشرط لعدم اسقاطه بخلاف ما اذا
اطلق لظهور اطلاقه في اسقاط حقه من الرهن مطلقا عينا وثمنا لكنه محل نظر وتامل وان كان
البيع بعد حلول الاجل او كان الدين حالا فالمعروف بطلان الرهانة ان كان البائع الراهن
وبقاؤها في الثمن ان كان هو المرتهن استنادا في البطلان الى ما مر من ظهور اذن المرتهن في اسقاط
حقه من الرهن مطلقا عينا وثمنا لكنه محل نظر وفي بقاء الثمن الى ان بيع المرتهن باذن الراهن
بعد الحلول من مقتضيات عقد الرهن فاذا باعه بقي الثمن في يده رهنا حتى ياذن له الراهن
في الاستيفاء منه وهو مبني على ان بيع المرتهن انما وقع لحق الرهانة والاستيفاء فاذا اجاز
الراهن لزم ما ذكر لكنه غير متعين اذ من الجائز بيعه فضولا عن المالك لا لاجل الاستيفاء وحق
الرهن فيكون بيعه بعد الاجازة موجبا لتلف الدين وسقوط حقه من الرهن مطلقا كما ان بيع الراهن
... يمكن ان يكون لوفاء الدين وان اجازة المرتهن لذلك فلا يكون بيعا موجبا لسقوط
حق المرتهن من الثمن فلذا ذهب الشيخ والمصنف في س وغيرهما الى بقاء الثمن رهنا في بيع الراهن

المأذون

المأذون واختار الحاشية في المفاتيح والسيد في الرياض بطلان الرهن مطلقا في كل بيع من الراهن والمرتهن
ومع ذلك فالاظهر ما عليه المشهور من التفصيل وكذا لو اعتق الراهن لا المرتهن اي يصح عتق الراهن
مملوكه المرهون باجازة المرتهن ولا يصح عتق المرتهن له وان اجاز الراهن اما صحة عتق الراهن
مع وقوعه بعد الاجازة من المرتهن فهو المشهور لعموم العتق وحصول سببه وهو الصيغة المقرونة بالقربة
ولا مانع سوى حق المرتهن فاذا زال بالاجازة ترتب المقتضي اثره وقيل ببطلانه لاشتراط تنجيزه
ومنافاة التعليق له وللقربة المعتبرة فيه ولكونه من الفضولي المنهي في نفسه وفي خصوص كلما
يعتبر فيه القربة من وقف وعتق ونحو زكاة وخمس ونحوها ولكون الراهن منهيا عن التصرف
في الرهن والنهي يقتضي الفساد وللشك في تحرير ملكه والاصل يقتضي الفساد وضعف الجميع
فان اشتراط التنجيز معتبر في انشاء العقود والايقاعات ولا ينافيه توقف التحرير على حصول شرطه
ونحو ذلك مما لم يعتبر مقارنته للسبب كالتقابض في الصرف وقبض الثمن في السلم والرضا في مطلق البيع
وغير ذلك ولا يعد مثله من التعليق فان المنافي منه ما كان من الشروط التي تكون من العاقد لا ما
اعتبره الشارع وعلم منافاته للقربة ولذا صح الوقف مع اشتراط القربة فيه وان توقف
على القبض ودعوى انه داخل في الفضولي ممنوعة لكون الراهن متصرفا بماله التصرف فيه لولا حق
المرتهن فاذا اسقط حقه سقط مع ان الفضولي صحيح في نفسه واما النهي الفساد فقطعه العموم
فلعل الاظهر الصحة وان تردد في الشرائع اولا وجزم من جزم بالبطلان هنا كما جزم بصحته لو اعتبر
الفك الذي لا فرق بينه وبين الاجازة جوازا وصحة عن التحقيق واما بطلان حق المرتهن فقد
قطع به كثير من الاصحاب فالظاهر ان مرادهم عتقه عن نفسه لا عن الراهن فانه لا مانع من صحته عن
الراهن سوى كونه فضوليا مبنيا على المعروف من صحته وان كان فيما شرط فيه القربة فالمتجه صحة
عتقه واما عتقه عن نفسه فالاظهر البطلان لعدم ملكه ولا عتق الا في ملك وجواز عتق المأمور
بعتق العبد عنه نفسه لا يقتضي الجواز هنا للفرق بين الاذن السابقة والاجازة اللاحقة من
حيث امكان نفوذ الملك في الاولى ... مقارن للعقد وتعذره في اللاحقة

واحتمال الاتيان على الكشف يكون كاشفا عن دخوله في ملكه انما هو قبل العتق على نحو ما الوهب من نفسه فضولا ثم اعتقه فاجاز بعده المالك الهبة بعيد جدا مع ان الكشف فيه لا يلائم صرف المقام وعلى ضم فالتزام تقدير الملك لتصحيح العتق مع الاذن السابقة وجمعا بين الدليلين لا يلزم تقديره لها مع الاجازة ايضا لكونه تحملا لا مقتضى له ولو وطئها الراهن وصارت مستولدة مع الاحبال وقد سبق جواز بيعها اما وطئ الراهن جارية الموهونة باذن او بدونه فاحبلها فلا خلاف في صيرورتها ام ولد كما لا خلاف في عدم بطلان الرهن بذلك وان قلنا بحرمة بيعها نقله بما لحق الاستيلاد فان تقديم احد الحقين ايجابه لا يقتضي بانفساخ الآخر وبطلانه وتظهر الثمرة فيما اذا لو عرض المبطل للراجح منهما كموت الولد في الاستيلاد فان حق الراهن باق على تقدير بطلان لم يبطل بمجرد عروض الاستيلاد حتى يفتقر الى تجديد عقد ولا يقال ان جواز البيع شرط في ابتداء الرهن وما هو شرط في الابتداء شرط في الاستدامة لان اشتراط جواز البيع انما هو بصحة عقد الرهن وتشبيه الرهن بعد انعقاد الرهن وتأثير السبب لا لبطلان جميع العقود بزوال ما كان معتبرا فيها حين العقد وهو بديهي البطلان ومحل التلازم بين شرطية الابتداء والاستدامة انما هو في نحو الاعمال المستمرة من صلوة وصيام ونحوها فان الفوات شرط في ابتداء العمل يقتضي بعدمه في تمام العمل بمقتضى الاستصحاب بل فيما نحن فيه كما لا يخفى فلا اشكال في اجتماع الحقين في تقديم احدهما وانما البحث في قوة حق الاستيلاد او الرهن مع التزاحم في البيع وعدمه فالمشهور تقديم حق الرهن فيباع في الدين وان لم يكن في ثمن رقبتها لا سبقية حق الرهن ولاصالة جواز البيع لو فرض التساوي وعدم المرجح ويؤيده جواز بيعها في ثمن رقبتها ولا فارق بينه وبين غيره من الديون المحقق والعلامة في التحرير والفاضل الشارح تقديم حق الاستيلاد لقوته وهو الاقوى لكن لا كالعتق المبني على التغليب بل العدل اقوى لقوة حق الاستيلاد لتحققه بالجنون والحجر عليه دون العتق ولان استيلاد المريض يكون من الاصل بخلاف العتق فانه من الثلث بناء على ان منجزات المريض من الثلث ولان حق الاستيلاد لو سقط لسقط

لا الى بدل

لا الى بدل بخلاف الرهن فانه ان اسقط قام مقامه في الذمة مقامه ولو اقام قدم حق الجاني على حق الراهن في العبد المرهون اذا جنى وعن الشيخ في الخلاف وابن زهرة والفاضل في التذكرة والمنتهى في الجواهر تقديم حق الرهن مع اعسار الراهن دون يساره بل يبذل قيمتها رهنا جمعا بين الحقين وعن المعتمد في بعض حواشيه جواز بيعها ان كان الوطي بغير اذن المرتهن ومنعه ان كان الوطي باذنه علا بالاصل والاعتبار وقد سبق التنبيه على ذلك في البيع ولو وطئها المرتهن فهو زان فان اكرهها فعليه ان كانت بكرا والا فنصفه قد سبق الكلام في هذه الاحكام في بيع الحيوان بما لا مزيد عليه لعدم الفرق بين المرتهن وغيره من الاجانب فيها قال المحقق السادس الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق عقد الرهن بعد اجتماع شرائطه لازم من طرف الراهن كما انه جائز من طرف المرتهن من غير خلاف بين الاصحاب بل على لزومه الاجماع المنقول في التذكرة وغيرها مضافا الى الاصل وان الحق عليه فلا يخرج بدون الخروج عنه باحد الاسباب المقتضية لسقوط حق المرتهن من حقه من الرهن او ابراء ذمة الراهن من الحق او من الدين او وفاء الدين ولو من متبرع او فراغ ذمة الراهن منه بالاحالة او حوالة او ضمان ونحو ذلك ولا يخرج عقد الراهن عن اللزوم باشتراط الخيار بل يفسد لفساد اشتراطه من حيث منافاته لمقتضاه من الاستيثاق ولا باشتراط عقد الرهن في ضمن عقد لازم يثبت فساده وبعد عقد الرهانة خلافا عن الحكي عن العلامة فاثبت الخيار بذلك للراهن للصورة حيث قدم على الرهن بتوهم التزامه لزوم صحة العقد المشروط فيه لكن حيث كان عقد الرهن في نفسه صحيحا انحصر الخيار ضرورة ثبوت الخيار فيه كما في ثمن فان توهم الصحة من دواعي الرهن او بواعثه فلا يقدح توهمها في صحة عقد الرهن ولزومه ولو ظهر عدم ولا يعد هذا ضررا ولا ينجبر مثله بالخيار على فرضه وهذا الحكم غير مختص بالرهن بل يجري في كل عقد وايقاع وقد اشترط في عقد لازم ثبت خلافه والتزام الخيار منعدم في كثير منها كالطلاق والنكاح والابراء وغيرها ولو خرج الراهن عن بعض الحق بابقاء او ابراء فبقي خروج الرهن اجمع او ابقائه كله اوما النسبة او حسبها اقوال مبنية على ان الرهن وثيقة على مجموع الدين

فلو ادى بعض انفكاك الرهن كله لفوات المجموع او على كل جزء من الدين فيبقى الرهن كله ما بقي جزء من الدين او على جميع الدين موزعا عليه كتوزيع الثمن على المثمن والاظهر بقاء الرهن كله ما بقي جزء من الدين وان قل لظهور الارتهان في الاستيثاق فيه على هذا الوجه ونقل الشيخ الاجماع عليه وشذوذ القول بكونه رهنا على المجموع بل لم يتحقق القائل به الا ما ينسب الى مفهوم عبارة القواعد ولا والا لزم ضياع الرهن فلا ريب في ضعفه كضعف القول بالتوزيع وان نسب الى العلامة ولده ايضا الا انه كالمعارض لبعد شمول المعاوضات ولمنافاته للاستيثاق المطلوب من الرهن ولا بمعنى انه لو تلف جزء من الرهن الى ان يبقى الباقي رهنا على جميع الدين ولعل خلاف في الرهن والاجماع على هذا مع الاطلاق اما مع الاشتراط فيتبع الشرط فيصح اشتراط رهنه موزعا على المجموع من غير خلاف اجده وان كان قد يتأمل في صحة اشتراط الاخير لاقتضائه انفكاك الرهن بتأدية الجزء اليسير من الدين وهو مناف للاستيثاق على المال الا انه يدفع بان الاستيثاق على الجزء الاخير اليسير متحقق وهو كاف في صحة الرهانة ولو ان الاستيثاق على الباقي غير قادح اخذ الرهن على بعض الدين ولعدم تعذر المرتهن بذلك لانه امر عليه بل قد يقع ان للمرتهن الامتناع من قبول بعض الدين لتضرره بفوات الرهانة فلو قبله كان هو المدخل للضرر على نفسه فيبقى امانة في يد المرتهن لا اشكال في بقاء الرهن بعد انفكاكه امانة بيد المرتهن لكن الرهن بيده انما الكلام في كونها مالكية لا يجب ردها الى الراهن الا مع مطالبته او شرعية كالثوب الذي اطارته الريح يجب ردها فورا او البدل فالمعروف بين اصحابنا الاول لانه مقبوض باذن المالك كالوديعة فلا يلزم رده قبل الطلب واحتمال ان الاذن هنا مقيدة ما بالرهانة فيتنفي الاذن بانتفائها مدفوع بان امساك المرتهن للرهن لا مدخلية له في الرهانة ولا فرق بين ان يكون انفكاك الرهن بتأديته من الراهن او بابرائه من المرتهن خلافا لبعض اهل الخلاف فاوجب الضمان في الاول على المرتهن كما لا فرق بين علم الراهن بوجوه ونسيانه وفي وجوب اعلام الراهن مع النسيان ومع الجهل بانفكاك الرهن كالابراء من المرتهن او تبرع بالوفاء متبرع

من غير

من غير علمه وجهان اولهما وجوب الاعلام لما في تركه من تضييع المال وهو شرط كونه مبيعا عند الاجل بطل وضمنه بعد الاجل لا قبله اذا شرط في عقد الرهن انه اذا حل اجل الدين فالرهن مبيع على المرتهن فقد قطع الاصحاب ببطلان الرهن والبيع بل عن الشيخ دعوى الاجماع عليه اما بطلان الرهن فلاستلزام الشرط المذكور توقيت الرهن لا يوقت للاجماع على اعتباره ودوامه ومنافاته التوثيق لا لمقتضى الاستيثاق واما البيع فلتعليقه وخروجه عن الصيغة وفساد اشتراطه موجب لفساد الرهن المشروط فيه وما في المحكي من تقييد صحة الرهن الى الشيخ وحكمه بانه جيد غريب اذ لم ينقل خلاف هنا عن الشيخ ولا عن غيره نعم يحكى الخلاف فيه عن بعض العامة وهو غير ملتفت اليه واما ما ذكره من ضمانه بعد الاجل وعدم ضمانه قبله فوجهه واضح فانه على هذا التقدير قبل الاجل رهن فاسد لا يضمن وبعد الاجل مبيع فاسد مضمون لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وقاعدة مطردة متفق عليها بين الاصحاب في كل من طرفي الاثبات والنفي من غير فرق بين العالم بالفساد والجاهل به على الاقرب وان تأمل بعض الاصحاب فيما نحن فيه في صورة جهل الدافع وعلم القابض نظرا الى ان الدافع انما دفع لزعم الصحة والقابض قد قبض بغير حق فيشمل عموم على اليد وربما احتمل ذلك في صورة جهلهما لكن يدفعه عموم القاعدة وان توهم الصحة من الدواعي فلا ينافي تحقق الاذن من المالك بقبضه واحتمال عدم رضاه لو تبين له الفساد غير قادح لعدم تحققه فالمقتضي للحل موجود والمانع غير معلوم السابع يدخل النماء المتجدد في الرهن على الاقرب الا مع شرط عدم الدخول النماء المتجدد بعد العقد ان كان متصلا غير قابل للانفصال كالسمن والطول فهو داخل في الرهن من غير خلاف ولا اشكال بل عليه الاجماع المستفيض النقل واشتراط عدم دخوله بعيد فساد الشرط وان كان قابلا للانفصال او منفصلا كالصوف والشعر والثمرة والحمل فلا خلاف في دخوله في الرهن مع الشرط واشتراط الدخول وخروجه مع اشتراط الخروج ولا يقدح في دخوله عدم وجوده حين العقد لكونه من التوابع المعتبرة

فيها مما لا يعتق فيتبعها وانما الخلاف في دخوله مع الاطلاق فالمشهور الدخول للاجماع
المنقول في الغنية والسرائر وكثير من المواضع بضميمة الانضمام الى القرائن الدالة الاستمرار وبان
النماء تابع للاصل في كثير من الموارد وبما جاء فيمن يعتق وله الدابة لها وبان النماء لو لم يكن تابعا
لجاز التصرف بالعين وذهب كثير من الاصحاب منهم الشيخ في ف وط والمحقق في نكت النهاية على ما
حكي والعلامة وولده والمحقق الشيخ علي والفاضل الشارح وجملة من المتأخرين الى العدم وهو لو
تمسكا بالاصل من غير معارض ومنع الاجماع بل ظاهر التذكرة كما عن صريح الخلاف في الزكاة الاجماع
على عدم الدخول وضعف ما اشير اليه من المؤيدات اذ الاستقراء القطعي منتف والظني مع عدم تحققه غير
مجد وبيع التبعية في الدابة للدليل ولما بينا العتق على التغليب وعدم جواز التصرف للحجر على
الراهن في العين المرهونة لا يقتضي دخول النماء لو كان هذا وهذا القول متجه في الحمل والثمرة دون ما
كان متصلا اتصال الجزء كالصوف والشعر فان الاظهر في مثله عدم الدخول لقضاء العرف بدخوله فيه
كدخول الموجود منه حال العقد ايضا واحتج الفاضل على الدخول مطلقا بما دل من الاخبار على ان نماء
الرهن للراهن ولا دلالة الا على تبعية الملك لا غير ومورد الخلاف على الظاهر ما كان من الاعيان المتولدة
من الرهن دون الاكتساب واجرة المنافع فان الظاهر عدم دخولها لانتفاء الدليل عليه بل في التذكرة
لا خلاف في ان كسب المرهون ليس برهن لكن الشهيد في س بعد ذكر الخلاف قال ولا فرق بين المتولد
منها كالولد والثمرة وبين غيره ككسب العبد وعقر الامة انتهى وهو في كسب العبد لعله خلاف ظاهر
الفتاوى واما عقر الامة فلا يبعد دخوله في العوائد والنماءات فلا ينبغي الخلاف فيها ثم ما كان
في مقابلة اقتضاض البكر يمكن انه داخل في ارش الجنايات واعواض المتلفات المحكوم عليها
بالرهانة ينتقل حق الرهانة بالموت الا الوكالة والوصية الا مع الشرط لا تبطل الرهانة
بموت كل من الراهن والمرتهن من غير خلاف بين الاصحاب للزوم الرهن من قبل الراهن فان مات
المرتهن انتقل حق الرهانة الى الورثة كغيره من الحقوق الموروثة الا انه ان كان وكيلا او وصيا
من قبل الراهن على بيع الرهن والاستيفاء منه لم ينتقل ذلك الى الوارث بل تبطل الوكالة والوصاية
لانتفاء

وانتفاء المحل من غير فرق بين ان تكون الوكالة والوصاية مشروطة في العقد الا ان يكون قد اشترط عليه
وكالة وارثه او وصايته عنه بعد موته فيلزم ولا يقدح جهالة الوارث او عدم وجوده في جعله
اذ المراد من اشتراط وكالته اما اشتراط ان يجعله وكيلا بعقد جديد او اشتراط تصرف الوارث
بالبيع عنه بحسب النيابة ولا يقدح في ذلك الجهالة وعدم الوجود حتم لو اريد منه انشاء الوكالة الشرط
بوجه عليه ان المعتبر في الوكيل وجوده من التوكيل مضافا الى ما في اشتراط تنجيز الوكالة وغيرها
من العقود من الاحكام الكلام وللراهن الامتناع من استيمان الوارث وبالعكس فيتفقان
على امين والا فالحاكم هذا الحكم مبني على انه ليس للمرتهن استدامة القبض وقد اسلفناه في بحث
القبض قوة القول باستحقاق المرتهن ووضع الرهن عنده واستدامته فيقتصر به ولكن ان
لم يكن ذلك شرطا في صحة الرهن كما هو ظ التذكرة اذ لا يحصل للاستيثاق به وبه يكن ظ اكثر الفتاوى
عدم استحقاق ذلك وعليه فلكل من الراهن والمرتهن الامتناع من استيمان صاحبه ولا يجعل لاحد
ذا امساكه بدون اذن الاخر لم يتعلق حق المرتهن بالملك به وحق الاستيثاق فلو اذن الراهن
للمرتهن في حفظه فان لم يعم وارثه مقامه الا ان يكون قد اشترط ذلك عليه فله الامتناع من استيمان
الوارث مع عدم الشرط لكونه استيداعا والوديعة تنفسخ بموت المودع وللوارث الامتناع من
من استيمان الراهن ايضا وان كان مأذونا من المرتهن وح فيلزم مهما الاتفاق على امين غيرهما
عدلا كان او غيره مع تراضيهما عليه وفي جواز استيمان الصبي المميز مع تراضيهما وجهان
فان لم يتفقا على احدهما ولا على غيرهما نصب الحاكم امينا عدلا غيرهما ولو كان لاحدهما ترجيح
على الاخر ففي جواز نصب الحاكم لترجيحه ايهما وهما ذلك لان الترجيح بالعدالة لكونه بواسطتها
منصوب الحاكم ولو حال العدل المنصوب نقله الحاكم الى غيره الا ان يتفقا عليه ولا يلزم المنصوب
من اتفقا عليه استيفاء الرهن عنده بل له رده وكذا الامين المأذون منهما الا ان يكون قد
عليه الحفظ فيلزم الوفاء ولو اسقط الشرط حقه من الشرط عاد الحكم الى التراضي ودفع الامر
الى الحاكم التاسعة لا يضمن المرتهن الرهن الا بتعد او تفريط فلو تلف بغير تعد او تفريط فلا ضمان عليه

الرهن غير مضمون على من بيده مرتهنا كان او غيره كالعدل بلا خلاف اجده بين اصحابنا وان نسبه في س
الى الاشهر مؤذنا بوجود الخلاف ونقل الخلاف والسرائر كما في الغنية والتذكرة الاجماع صريحا عليه
والنصوص به مع ذلك مستفيضة وما ورد في جملة منها مما يقتضي بالضمان والنهاد ونزله على صورة التفريط
والتعدي او على التقية فان القول بضمان الرهن مذهب كثير من المخالفين على اختلاف منهم في كيفية ضمانه
فعن بعضهم انه مضمون بجميع قيمته وان زادت عن الدين وعن اخرين انه مضمون بجميع الدين وان كان اكثر
من الرهن وعن بعض انه مضمون باقل الامرين من الدين وقيمته والكل بين الضعف واضح البطلان
مخالف لاجماعنا وروايتنا المعتبرة لما ورد من طرقهم من قوله لم له غنمه وعليه غرمه وقوله الخراج
بالضمان وبخلاف ما هو موافق للاصول والاخبار والاجماع فاعن بعض المتأخرين من التشكيك
والميل الى القول بالضمان لما اشرنا اليه من الاخبار الموافقة للعامة في غير محله لقصور الاخبار
المشار اليها عن مقاومة ما عرفت سيما مع تضمنها التهاتر والفرق بين الدين والرهن مع علمه
عدم الموافقة بينها اجمعنا فلا مناص عن اطراحها او حملها على ما ذكرناه من التقية او على صورة
التفريط كما قد يستفاد من بعضها فاذا فرط المرتهن ضمن من غير خلاف كما في الامانات فان
كان مثليا فالمثل فان تعذر فالقيمة وفي كونها يوم التعذر او يوم المطالبة او الاداء او الاعلى
وجوه اظهرها اعتبار يوم الاداء كما مر في الفضولي وياتي في الغصب وان كان قيميا فالقيمة وفي
اعتبار يوم القبض او يوم التلف او يوم الاداء او يوم التفريط والتعدي او الاعلى من يوم القبض
الى يوم التلف او من يوم التفريط الى يوم التلف او منه الى يوم الاداء وجوه واحتمالات اكثرها
اقوال اظهرها القول باعتبارها يوم القبض هنا وان كان ظاهر المحقق في الشرائع لا يلائم القواعد
الشرعية فان الرهن حين قبضه غير مضمون وانما يدخل في الضمان حين التفريط فلا وجه لمراعاة
قيمته حين القبض وما قيل في توجيهه من التعويل على ضمان القيمي بالمثل كما قوى نعم يصلح
ذلك توجيها للقول بمراعاة القيمة يوم الاداء ومنه يظهر ضعف القول باعلى القيم من حين
القبض الى يوم التلف والاوفق بالقواعد الشرعية ما عليه الاكثر من اعتبار القيمة يوم
التلف

التلف ان كان التفاوت لاختلاف السوق وان كان لنقصان في العين كالهزال فاعلى القيم من يوم التفريط
الى حين التلف ولو اختلفا في القيمة حلف المرتهن اي اختلف الراهن والمرتهن في القيمة المضمونة
بالتفريط فان القول قول المرتهن وفاقا للفاضلين وغيرهما لانكاره الزيادة واليمين على من انكر
لكن المشهور الاكثر بل ادعى بعضهم الاجماع ان القول قول الراهن لخيانة المرتهن بالتفريط فلا
يقبل قوله ورد بان قبول قوله لانكاره لا لانه امين فلا مدخلية لخيانته ولو انعكس الغرض بان
ادعى الراهن النقصان والمرتهن الزيادة فيما اذا اتلفه الراهن فاراد المرتهن ان يغرمه القيمة ليجعلها
رهنا قدم قول الراهن لاصالة عدم الزيادة ولو اتلفه اجنبي كان القول قول قولها في دعوى
النقصان بيمينه وفي سقوط اليمين عنه لو صدقه الراهن وجهان اوجههما السقوط العاشر
في قدر لو اختلفا في الحق المرهون به حلف الراهن على الاقرب موضع الخلاف على الظ ما اذا اختلفا
فيما عليه الرهن من الدين مع تسالمهما على زيادة اصل الدين متحدا كان او متعددا او مع عدم
تعرضهما لذلك اما مع اختلافهما في شغل الذمة بالزائد فان القول قول الراهن لاصالة البراءة
من غير معارض والقول بتقديم قول الراهن لو اختلفا في قدر المرهون به هو المشهور حتى كاد
يكون اجماعا من غير فرق بين ان تكون دعوى الزيادة مستغرقة للرهن او زائدة عليه او اقل
منه بل عن الحلبي وابن زهرة الاجماع عليه ولعله لعدم الاعتداد بخلاف الاسكافي المنقول
عنه بتقديم قول المرتهن ما لم يكن دعواه زائدة على الرهن كما حكاه الاكثر وعنه او ما لم تكن
مستغرقة للرهن كما حكاه المحقق في الشرائع والظ من عبارته المحكية هو الاول ومن الخبر المستند
اليه في ذلك هو الثاني وهو خبر السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عم في رهن اختلف فيه الراهن
والمرتهن فقال الراهن هو بكذا وكذا وقال المرتهن باكثر فقال عم علي عم يصدق المرتهن حتى
يحيط بالثمن لانه امينه وكيفما كان فلا شبهة في ضعف هذا القول وضعف سنده ومخالفته
لاصالة عدم ازدياد ما نزع على ازديد مما اعترف به الراهن ومما سمعته من دعوى الاجماع عليه
النصوص المعتبرة كصحيح ابن مسلم عن ابي جعفر عم في رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينة بينهما

فنزادعى الذي عليه عنده الرهن انه بالف فقال صاحب الرهن انه بمائة قال البينة على الذي عنده الرهن
انه بالف وان لم يكن عنده بينة فعلى الراهن اليمين ونحوه موثق ابن ابي يعفور وموثق عبيد ابن زرارة
ولولا ذلك لامكن القول بما عليه الاسكافي لان اصالة عدم الارتهان على الزائد معارضة باصالة
عدم الارتهان على الاقل حينئذ ولان دعوى الزيادة ما لم تكن زائدة على الرهن موافقة للظاهر
في اغلب الفروض الا انه لا مناص عما عليه الاصحاب بعد اتفاق كلمتهم ظاهرا ودعوى الاجماع
صريحا واعتبار النصوص الموافقة للمذهب ح فتعين اطراح خبر السكوني او حمله على التقية لموافقته
لاحد قولي العامة او على الدين المحكي عن الشيخ حمله عليه ولو اختلفا في الرهن والوديعة
حلف المالك اذا اختلف المالك والقابض فادعى المالك الوديعة والقابض الرهن فالمشهور
تقديم قول المالك مع اعتراف المالك بالدين اولا ادعى القابض انه كان وديعة ثم صار
رهنا وانه لم يقبضه الا على سبيل الرهانة وعن الشيخ الصدوق في المقنع والشيخ في الاستبصار
تقديم قول القابض وعن ابن حمزة تقديم قول القابض ان اعترف المالك بالدين وعن الاسكافي
تقديم قول القابض ان ادعى انه لم يزل رهنا وان اعترف بانه كان وديعة قدم قول
المالك والمعتمد المشهور لاصالة عدم تعلق حق الارتهان بالمال ولان المالك منكر فالقول
قوله بيمينه مع عدم البينة ولخبر ابن ابي عمير الدال على تصديق المالك لو كان مدعيا وموثق اسحق ابن
عمار الوارد في الاختلاف في الوديعة والرهن عن الصادق ثم قال القول قول صاحب المال مع
يمينه وان امكن ان يكون ذلك لاصالة الرضا بالبيد لا لتصديق المالك ولما دل على جواز
استيفاء الدين مما بيده من الرهن لو خاف جحود الوارث الرهانة لو ادعاها ولصحيح
ابن مسلم عن الباقر ع في رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذي عنده الرهن ارتهنته عندك
بكذا وكذا وقال الآخر عندك امانة فقال ع البينة على الذي عنده الرهن انه بكذا
فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين وهذا الخبر بالاطلاق منساول لصورتي اعتراف
المالك بالدين وعدمه فلا وجه لحمله على صورة الاختلاف في اصل الدين ايضا كما يحكى عن
الشيخ

الشيخ مع انه على فرض حجيته ايضا على ما حكيناه من اطلاق عبارتي الصدوق والشيخ الا ان يدعى
ان محل البحث ما اذا اعترف المالك بالدين وانكر الرهانة ولذا حمل الشيخ الخبر على ما حمله ما لو
انكر اصل الدين فلا مجال لتقديم قول مدعي الرهانة لعدم ثبوت الدين بمجرد الدعوى وح فلا
يكون قول ابن حمزة قولا ثالثا وتفصيلا في المسئلة بل هو موافق للشيخ والصدوق فيما اذا ادعى
من تقديم قول القابض بالرهانة استنادا الى الخبر عبادا ابن صهيب عن الصادق ع في متاع في يد رجلين
احدهما يقول استودعتكه والآخر يقول هو رهن فقال القول قول الذي يقول انه رهن عندي
الا ان يأتي الذي ادعاه انه اودعه بشهود وموثق ابن ابي يعفور عنه ع قال فان كان
الرهن اقل مما رهن به او اكثر واختلفا فقال احدهما رهن وقال الآخر هو وديعة قال على صاحب
الوديعة البينة فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن ونحوه صحيح ابان الموافق لما في المتن
حتى قيل انهما خبر واحد وليس كك على الظ لاختلاف السند الا ان الاعتماد على هذه الاخبار مع
المشهور عنها ومنهم الشيخ في ئر ومعارضتها بما عرفت من القاعدة والنص غير مجدية سيما مع ضعف
سند البعض ولا ينهض كالخبر الاول فانه من المحتمل قريبا ان تكون دعوى رهانته من غير مدعي
الاستيداع وح فلا يكون مدعي الرهانة منكر الكنه مدعي الوديعة ولا سبيل الى الجمع بينها
بينهما وبين مع الاحتياج اليه لاستيفاء النظائر كما عرفت فيكون القول قوله جزما وعلى ذلك
يمكن حمل الموثق والصحيح ايضا كما يمكن الحمل على التقية وقد ظهر مما ذكرناه ضعف المحكي
عن ابن حمزة ولكن قولا ثالثا اذ لا مستند له سوى هذه النصوص بحملها على صورة الاعتراف
بالدين وحمل مقابلها على صورة انكاره جمعا وهو تقييد لكل من الاطلاقين من غير مقيد
ولا شاهد من الاخبار ولا الاعتبار سوى دعوى ظهور كون الرهن القبض عند هنا مع ثبوت
الدين نظرا الى الاحتياط صاحب الدين غالبا باخذ الرهن وانه صاحب يد فيصدق في دعواه
واما تفصيل الاسكافي فلعل حجته النصوص المذكورة ما اذا اعترف بالوديعة عنده
قبل الرهانة لعدم معلومية تناول النصوص لمثله وهو كما ترى ولو اختلفا في الرهن

حلف الراهن وبطل ولو كان الرهن مشروطا بعقد لازم تحالفا اذا اختلفا في تعيين الرهن بان ادعى الراهن انه
العبد وادعى المرتهن انه الجارية لا اشكال في تقديم قول الراهن بيمينه مع عدم اشتراط الرهن في عقد لازم
لبطلان استحقاقه فالمرتهن من العبد بانكاره من غير اقتضاء الحلف اختصاص الحق فيه للمرتهن من قبله جائز
فلم يحكم فسخه ورده وجحوده ان لم يكن مطابقا الى نفس الامر فهو مقتضى لابطال العقد والرجوع عنه
كما يقتضي انكار الطلاق الرجوع في الزوجية فيبقى النزاع في رهانة الجارية والراهن منكر فيكون القول
قوله بيمينه فاذا حلف سقط الرهن وبطل اما لو كان الرهن مشروطا بعقد لازم فقيل انه كذلك ايضا لعين
ذكر ويضعف بانه انكار المرتهن هنا لا يبطل حق المرتهن الراهن من العقد المشروط فيه الرهن فلا يكون
بمجرده مبطلا لرهانته ما بيده غير الراهن بل يلزم بالتمسك على نفي هذه في الفرض العقد كما يلزم الراهن
اليمين ايضا على نفي ما بيده غير الراهن بل يلزم المرتهن من الفرد الآخر فلذا اختار العلامة والمحقق الثاني
وغيرهما التحالف في المقام نظرا الى ان الشرط من مكملات الثمن وصفاته الخاصة باختلاف الثمن
لاختلافها فلا مناص عن التحالف كما في الاختلاف في تعيين الثمن ويلزم التحالف هنا بطلان
الرهن وانفساخ العقد اللازم المشروط فيه وفي الروضة اذا تحالفا بطل الرهن وفسخ المرتهن
العقد المشروط فيه ان شاء ولعل وجهه ان امتناع الوفاء بالشرط يوجب تسلط المشروط له
على الفسخ العقد اللازم المشروط فيه وهو متجه لو علم عدم الوفاء بالشرط وهو فيما نحن فيه غير
معلوم فان الراهن يدعي انه العبد وان انكر المرتهن وحلف على عدمه لكونه معارضا بحلف الراهن
على نفي ما بيده غير انه العبد وان انكر المرتهن وحلف المرتهن وح فاما ان يحكم بلزوم العقد
بطلان الشرط مع اتفاقهما على اخذه في العقد ولعله خلاف الاتفاق وبانفساخ العقد لا بثبوت
الخيار بذلك المرتهن فليتم الحادي عشر لو ادعى دينا وعين رهنا فذلك وانما المتوفي
بينهما تحالفا في القصد حلف الدافع وكذا لو كان عليه دين حال اذا كان عليه دينان او اكثر
تشخص فدفع اليه مالا يقصد عن تمام دين فان لم يخالف جهة الدين من حيث الرهن او نقده
الغريم الاصلي مثلا كما لو كان القابض وكيلا عن المستحقين فلا اشكال في صحة الدفع وعدم الا
الى النية

الى النية لعدم الفائدة فيها وان اختلفت جهة الدين بان كان على احدهما رهن دون الآخر
فان نوى الدافع احدهما تعين وان شرك بينهما وزع على حسب ما قصده من التوزيع وان اطلق
التشريك فهي التنصيف او التوزيع بالنسبة وجهان اقواهما الثاني ولو اختلفا الدافع والقابض
المنوي او في النية وعدمها قدم قول الدافع لانه اخبر بقصده ولانه امر لا يعرف الا من قبله بل قدم بعد
تراجع اليمين عليه لعدم سماع دعوى الخصم العلم بما في ضمير الدافع والاقوى اعتبار اليمين لامكان اقراره
او شهادة القرائن بارادته ولو دفع ولم ينو شيئا فبني بطلان الدفع وبقاء المال على ملكه على
او التوزيع على الدينين او التخيير بعد الدفع في صرفه الى ما شاء منهما او القرعة بينهما وجوه اظهرها
ما عليه الفاضل والمحقق الثاني وجماعة من التوزيع بينهما بالنسبة لانه مقتضى ارادة كل الوفاء
حيث لا مرجح لبعض افراده على بعض وعن الشيخ انه يخير بعد الدفع لتخييره قبله لان التخيير البدائي
فكذا استدامة على نحو ما حكم به من تخيير المطلق لواحدة في تعيين من شاء بعد الطلاق ويضعف انه
لا يقبل بعقل التخيير في ملك الغير والاستصحاب منقطع بتبدل الموضوع الا ان يدعي بطلان الدفع
وبقاء المال على ملكه فعدم قطرا الاعتبار والتعيين في كل فعل مشترك اذ لا مائز بين افراده حيث
يحتاج الى التمييز سوى القصد فيحتاج التخيير على هذا التقدير لكنه خلاف ظاهر الاصحاب فانهم
اطبقوا على صحة الدفع وانتقال الملك قصد الخصوصية او التشريك او لم يقصد وكانه لان
التشريك متوقف على القصد بل يكفي في تحققه قصد كلي الدين لانصراف الاطلاق اليه كانصراف طلاق
كل الى التشريك الى التنصيف فيما ولا التوزيع بالنسبة في الخروج فالمتجه ما عليه الفاضل
من القول بالتشريك واحتمال انه وان ملك القابض لكن اذا تعقبه التعيين بعد ذلك ينكشف
الملك على هذا الوجه او انه بالدفع يملك على الغريم ما قابله مما في ذمته على وجه التخيير يحل
ظاهر كما ترى وعلى كل حال فلا احتمال القرعة هنا وان احتمل في اطلاق الواحدة المبهمة فانها
لكل امر مشكل ولا اشكال هنا لامكان التوزيع والتخيير ويعرف الحال مما ذكرناه في نظائر
المسئلة كما لو ابرأه من مائة وكان عليه مائتان وما اذا تعدد الغريم واتحد الوكيل

الغائب منهما فدفع البرنامجي بدين احدهما من غير قصد ومثله اذا تبايع كافران دوهما بدرهمين فدفع المشتري درهما من غير قصد للفضل ولا للاصل ثم اسلما ومثله اذا دفع زكوة وكان له مالان حاضر وغائب ولم يقصد احدهما ومثله اذا كان له خيار حيوان وشرط واسقط خيار احدهما فان احتمال التخيير والتقسيط جار في جميع ذلك ولو دفع الدين قبض الوارث من غير دفع كالمفلس كانت العبرة بنية القابض على الاقوى ولو دفعه الحاكم فالعبرة بنيته ولو جبره الحاكم على الدفع فالعبرة بنية المالك دون الحاكم والقابض على الاقوى الثانية عشرة لو اختلفا فيما باع به الرهن بيع بالنقد الغالب فان غلب نقدان بيع بما يشبه الحق فان باينهما عينه الحاكم ان امتنعا اذا انحصر الوفاء ببيع احدهما لامن المراهنين ولامتناع الراهن من الوفاء ونحو ذلك فاختلفا فيما يباع به وكان احدهما جنسا من الثمن غير جنس الآخر فالظاهر عدم ترجيح احدهما لارادته على الآخر لاجتماع الحقين في عين الرهن وانتفاء المرجح من البين بل يلزمهما الحاكم بالبيع بالنقد الغالب في البلد قطعا للنزاع بينهما واطلاق كلامهم يتناول ما اذا كان ثمن احدهما موافقا لجنس الحق او شبيها به او اقرب صرفا اليه اولم يكن كذلك فلا يعتبر الترجيح بذلك بل يكون المدار مع الاختلاف على النقد الغالب مطلقا وربما استشكل بان تعيين النقد الغالب عليهما مع اتفاقهما على غيره وانحصار الحق بهما مما لا يعقل الى ان قال فان كان لقطع النزاع فقطعه غير منحصر بالنقد الغالب بل يمكن بمجانس الحق ومشبهه والاقرب صرفا اليه والاوفر حظا ونحو ذلك والحق ان الغرض من البيع مراد من الثمن فاذا فرض موافقة احدهما الحق فلا معنى لصرفه عن ذلك والزامه بالنقد الغالب لانه ان تعين النقد الغالب الى الوفاء وان كان غير مجانس كان هذا اولى للزوم المجانسة في الوفاء وان لم يتعين احتيج الى بيع النقد الغالب بغيره ويتسلسل النزاع والاختلاف فيما يباع به ايضا الا ان يعتبر لزوم النقد الغالب في المرتبة الاولى من البيع ثم تعين شيء مجانس الحق به وهو تقييد من غير مقيد ويندفع هذا الكلام بان الموجب لمراعاة النقد الغالب والزام الحاكم به ليس مجرد قطع

النزاع والخصومة بين المتراهنين بل لان عقد الرهن يقتضي اللزوم بيع الرهن عند الاحتياج الى بيعه والاستيفاء من ثمنه سواء صرح بذلك او لا وكل الراهن المرتهن على بيعه او لا كانت الوكالة مشروطة بعقد لازم او غير مشروطة ولا ريب في ان اطلاق البيع الماذون فيه ينصرف الى كونه بالنقد الغالب كانصراف الثمن المثل ونحوه فيرد الحاكم لها الى النقد الغالب رد الوثنا الى ما ثبت به من البيع الغير المقيد بثمن معين جنسا او قدرا لا لانه لحسم مادة قطع النزاع والخصومة وح فلا فرق بين ان يكون اختيار احدهما موافقا لجنس الحق او لا لان الزام الراهن مثلا بالبيع بالمجانس الزام بغير ما التزم به من الثمن في البيع الماذون به صريحا من قبله او ضمنا وربما كانت الغبطة بالبيع بالنقد الغالب وان القيمة تنزل المجانس اذا لم يتراضيا بالوفاء به وحيث كان المدار على النقد الغالب فلو غلب نقدان واراد كل منهما نقدا غير الآخر رجح احدهما بالاغلبية ان تحققت فان تساويا رجح بجنس الحق وهو مراد المصنف من قوله بيع بما يشابه الحق اذ المراد من المشابهة له موافقة الجنسية له لا التحقق المشابهة في الصورة او غيرها اذ لا دليل على الترجيح بذلك فان باينه جميعا فقد جزم المصنف هنا بالرجوع الى الحاكم وتعيينه ما شاء قطعا للخصومة وظاهره عدم الفرق بين ان يكون احدهما اسهل صرفا الى الحق او لم يكن كان اوفر حظا للمالك او لم يكن وهو كذلك لعدم الدليل على الترجيح بذلك لكن في س قال ولو كان احد المتباينين اسهل صرفا تعين ونحوه عن التذكرة واستحسنه في الروضة وحكي عن التحرير انه لو تباينا بيع باوفرهما حظا قال وهو احسن فانه ربما كان اعسر الصرف اصلح للمالك وحيث يباع بغير مراده ينبغي مراعاة الحظ لكل منهما وحيث يلي عليه الحاكم ويتوجه على ما في س انه غير ترجيحا لجانب المرتهن وعلى ما في التحرير انه غير ترجيحا لجانب المالك ولو صلح ذلك مرجحا في النقدين الغالبين لصلح في غيرهما ايضا مع اختلاف الارادة فالاقوى سقوط الترجيح بين الارادتين الا مع فرض تضرر احدهما بمراد الآخر وعدم تضرر الآخر بمراده فيقدم ما لا ضرر فيه دفعا للضرر قال المصنف قدس سره واسبابه ستة الصغر والجنون والرق والفلس والسكر والمرض يطلق الحجر لغة على المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجرا لما فيه

وحجرا محجورا اي حراما محرما وسمي العقل حجرا لمنعه من القبائح والقبائح والنقائص كما في قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر والمراد منه هنا منع الانسان شرعا من التصرف في ماله لاحد الاسباب في كون ذلك حقيقة شرعية ومشروعية وجهان اظهرهما الثاني والتصرف جنس جميع التصرفات وبعضها وكذا المال فلا يرد انه ان اراد الجميع انتقض بالمريض وان اراد البعض انتقض بالباقي وتقييد المنع بالشرعي احتراز عن المنع العادي لغصب ونحوه ولان المنع مختص بالتصرفات الاختيارية كالتجارة ونحوها دون الاضطرارية من اكل وشرب ونحوهما ونحوه وانه اقتصر على التصرفات المالية لاشتراك الجميع في المنع منها في الجملة وان اختص بعضها بالمنع من غير التصرفات المالية ايضا وانما حصر اسباب الحجر في الستة فهو اصطلاحي جعلي والا فاسبابه متكثرة وياتي في ضمن منع الانسان من التصرف كلا او بعضا انه يكون لحق نفسه ومصلحته او لتعلق حق الغير بما له فالاول مختص بالصغر والجنون والسفه والثاني بما عدا ذلك من الاسباب كالحجر على المريض فيما زاد على الثلث لحق الورثة والحجر على العبد لحق المولى وان قلنا بملكه والحجر على المفلس لحق الغرماء والحجر على الراهن في الرهن لحق المرتهن والحجر على المرتد حيث تقبل توبته لحق الوارث والحجر على البائع مما صار اليه من الثمن قبل تسليم المبيع وعلى المشتري في البيع قبل تسليم الثمن وعلى المولى في ام الولد والعبد الجاني جناية عمدية وعلى الناذر في المنذور المعين لحق الله تعالى وعلى من انتقل اليه المال المشروط عليه شرط قبل حصول الشرط او تعلق به خيار الغير لحق الغير قلنا بمنافاة التصرف لحق الخيار والى غير ذلك من الاسباب المستفادة من المباحث الآتية والآتية ويتحد حجر الصغير حتى يبلغ الصغير محجور عليه في تصرفاته المالية قبل التمييز بالاجماع وكذا بعده وان بلغ عشر سنين على ما وقع الخلاف فيه من جواز وصيته وصدقته وعتقه ووقفه وطلاقه والمختار استثناء الوصية ممن بلغ عشرا او كان مميزا لورود النصوص المعتبرة وعموم المنع فيما عدا ذلك للاطلاقات الدالة على الحجر عليه حتى يبلغ من الكتاب والسنة كقوله الصادق عليه السلام في صحيح هشام انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو اشده وان احتلم ولم يونس منه رشده وكان سفيها او ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله وقول ابي جعفر عليه السلام في

خبر حمزة بن حمران الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز امرها في الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامة واخذ لها وبها قال والغلام لا يجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك الى غير ذلك من الاخبار المصرحة بالحجر عليها عليه واستداد حجره الى حين بلوغه المعلوم بما مر من علاماته في كتاب الصوم فلو شك في تحقق العلامة لم يرفع الحجر للاستصحاب الصغر والحجر عليه وكون البلوغ شرطا في صحة التصرف لان الصغر مانع ولو اختلفا بعد البلوغ في وقوع التصرف ان العقد قبله او بعده رجح جانب الصحة لاصالتها ولا فرق في الحجر عليه بين ماله ومال غيره ولا بين الحقير منه والخطير وقد مر في البيع حال ما عليه السيرة في معاملة الاطفال وانهما من المعاطاة ان المبنية على اذن المولي او شاهد الحال او العرف فليلحظ ويرشد بان يصلح ماله وان كان فاسقا انما ينقطع الحجر عن الصغير ببلوغه ورشده فلو بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله كتابا وسنة واجماعا والمراد من الرشد هنا حفظ المال واصلاحه وعدم صرفه غالبا الا في الوجوه اللائقة باحوال العقلاء وفي اعتبار كون ذلك ملكة بان تكون له حالة نفسانية تبعث على الاصلاح وعدم الافساد والاكتفاء بمشاهدة الاصلاح غالبا وان لم يكن ملكة قولان الظاهر الثاني لظهوره في ذلك لغة وعرفا ولاطلاق ما ورد في الاخبار من ان الرشد حفظ المال من غير تقييد بالملكة وربما يلزم الملكة السفه وهو صرف المال فيما لا يليق بافعال العقلاء غالبا كما يقابل الغي والظاهر صدق الرشد على ما قابل الامرين حقيقة فلذا اشتهر الخلاف في اعتبار العدالة في حصول الرشد المعتبر هنا وعدمها فعن الشيخ وكثير اعتبارها وهو اختيار ابن زهرة وربما نسب اليه دعوى الاجماع وهو وهم عملا باستصحاب الحجر الى تيقن الرافع ولان غاية الرفع ايناس الرشد على ما نطق به الكتاب وهو حقيقة في اصلاح امر الدنيا والدين ولان علة المنع السفه لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقولهم عليهم السلام فاذا بلغ دفع اليه ماله الا ان يكون سفيها او ضعيفا والعاصي سفيه لقولهم سفول السفهاء

من الناس ممن شارب الخمر سفيه ولا قائل بالفرق وعن ابن عباس ان الرشد هو الوقار والحلم والعقل
وضعف هذه الدلائل لا يخفى الرجح بما دل عليه اطلاق الكتاب والسنة والبلوغ والرشد الصادق
على مجرد اصلاح المال وصدقه على ما يقابل الغي حقيقة لا يقتضي ارادته في المقام لكونه نكرة في سياق
الثبوت والاثبات لا عموم فيها فيكفي بحصول الرشد في امور الدنيا للاجماع على اعتباره وعدم الدليل
على اعتبار غيره وكون العاقل السفيه لا يقتضي اعتبار العدالة فان السفه انما يطلق حقيقة على تضييع المال
وضعف في غير محله واطلاقه على العصاة من المجاز ولا ملازمة بين اطلاق الرشد على الطاعة حقيقة
وبين اطلاق السفه على المعصية كذلك بل المقابل في امر الدين هو الغي وفي الدنيا هو السفه كما عرفت
ولا دلالة في المحكي عن ابن عباس على اعتبار العدالة اصلا مع عدم ثبوت حجيته والمنجبر هو المشهور
حتى كاد يكون اجماعا من عدم اعتبار العدالة بل يدفع اليه ماله وان كان فاسقا الا ان يكون فسقه
مؤديا الى السفه كما لو علم صرف ماله في المحرمات عملا بالاصل والاطلاقات من غير معارض وتحرزا
من الظلم في تأخير دفع المال الى مالكه الا ان نعلم منه العدالة وموضع الخلاف على الظاهر هو الفسق
الابتدائي المتصل بالبلوغ لا الفسق الحاصل بعد انقطاع الحجر بان كان عدلا ففسق وان احتاط
الشيخ وابن زهرة بالفسق الحادث ايضا الا ان الاحتياط لا يرتفع به لانه لا ينتظم للمسلمين سوق
ولا معاملة لان الناس من عدا النادر منهم اما فاسق او مجهول الحال والجهل بالشرط يقتضي الجهل
في المشروط مع منافاته للاطلاق وللاخبار الواردة في الامر بالمعاملة والمسامحة من غير تقييد بالعدالة بل ورد
جواز معاملة الفساق واهل الريبة واخذ جوائز الظلمة وجواز بيع العنب ممن يجعله خمرا والخشب على من يعمل
صنما والعنب على من جعل خمرا بل الاحتياط بالفسق الابتدائي ايضا مع ما ذكرناه من العسر والحرج
وضيق امر العدالة المعاملة لعامة اهل العقائد الحقة في جميع الاعصار والامصار وللقطع بعدم
حصول العدالة الابتدائية في كثير من الافراد فلو اخطر اقتصر على معاملة من علم اتصافه بالعدالة
بعد البلوغ او جهل حاله لانه الظاهر من فعل المسلم كما فعل لا يدفع العسر والحرج اعظم مما ورد في
الوارد من المناقشة وان الاحتياط بالشرط على نفي اشتراط العدالة فانه مما تدل عليه الاخبار

صحة

صحة التصرف ما لم يعلم الحال حملا لفعل المسلم على الصحة لا لنفي اعتبار العدالة ابتداء مما لا يخفى ما فيه الا مع
ان الغرض استمرارها على من علم الفسق او فسقه من البلوغ ولم يعلم تغيره صحة العدالة اصلا مع ان للناس
في اجراء صحة فعل المسلم فيما نحن فيه مجالا واسعا فان المقطوع به اجراؤها في المعاملة بعد احراز
ما يتعلق بالمتعاقدين من الشرائط الا مع الجهل بحصول شرائطها من البلوغ والعقل والرشد
ويختبر بملائمة المراد من اختبار رشد الصغير بما يلائمه من التصرفات فولد التاجر يختبر بالبيع
والشراء والمرتفع فانه بما يناسب حاله كدفع نفقة مدة اليه يصرفها في مصالحه فان كان ممن يحسن
البيع والشراء بالمماكسة فيهما او كان يصرف نفقته في مواضعها على وجه يليق بحاله منه فانه
رشد ويلزم تسليم ماله اليه اذا بلغ ويختبر الانثى بما يناسب حالها من وجوه الاختبارات ولا خلاف
في وجوب هذا الاختبار من الاولياء حيث لا يثبت الرشد بغيره كالبينة للتحرز عن الظلم وللامر به
في قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
فان المراد من الابتلاء فيه اختبار الرشد على ما يعد اكثر الاصحاب والمفسرين ويحتمل ارادة اختبار
البلوغ خاصة او اختبارهما جميعا وعلى الاول فيستفاد لزوم اختبار الرشد من تعليق دفع
على ايناس الرشد فان الايناس ربما يكون بالاختبار الظاهر ووقت اختبار الرشد قبل البلوغ
على المشهور بين الاصحاب بل لا يعرف الخلاف فيه الا من بعض المخالفين فحكم بانه وقته بعد البلوغ
وربما حمل كلام العلامة في عدة كتب استشكل في صحة عقوده زمن الاختبار وعلى ذلك وبدلك
فانه لا اشكال في صحة عقوده بعد البلوغ مع اذنه وليه وانما الاشكال في صحتها قبل البلوغ لكونه
مسلوب العبارة وقد بنا فيه بعضهم باختباره بالبيع والشراء لا اشكال في ارادة اختباره بعقد ما
وان كان المتولي للعقد وليه حيث يريد البيع الخ وكيفما كان فدلالة الآية على الاختبار قبل تحقق البلوغ
ظاهرة لكون المختبر هو اليتامى ولا يتم الا بعد البلوغ واطلاق اليتم على من كان من الحياة ولو كان
حتى عانيه لا يقتضي الدلالة على المطلوب لكنها اسد اشتبه على الظاهر فلا مانع من حملها على ما قبله البلوغ
لولا مانع منه واما ما ذكره الاصحاب من اختبار الصبي بما يلائمه من التصرفات فليس الغرض منه الحصر

بل انه يعلم رشده بغير الملائم فانه لو اختبر ولد التاجر بصرف النفقة فاحسن صرفها او لو اختبره بالبيع
والشراء فاحسن المماكسة فيهما علم رشده كل منهما وان لم يكن ملائما وانما اقتصروا على الملائم لانه لو
احسنه دل على رشده ولو لم يحسنه مع انه تيسر دل على سفهه بخلاف غير الملائم فانه لو لم يحسنه لم يدل
على سفهه فينبغي اختباره بالملائم فان احسنه فهو رشيد وان لم يحسنه بان ترك المماكسة ونكوه بغبن
في البيع والشراء او ضيع ماله بان انفقه في صرفه في غير الوجوه اللائقة بحاله لم يحكم برشده واستمر
الحجر الى ان يتبين الرشد قبل ومن التضييع انفاقه في المحرمات والاطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله
وتنزيه وتكثيره وضعه والامتعة واللباس كذا واما صرفه في وجوه الخير من الصدقة فانه
المساجد واقراء الضيف فالاقوى انه غير قادح مطلقا اذ لا سرف في الخير كما لا خير في السرف انتهى
اما صرفه في المحرمات التي لا يعود اليها اليه منها نفع دنيوي فلا شبهة في كونه تبذيرا او تضييعا
موجبا الحكم على فاعله بالسفه وعدم الرشد واما ما يعود منه نفع دنيوي فلا دلالة فيه على السفه
في امر الدنيا وان كان سفيها في امر الآخرة والا بطلت المعاملة مع الظلمة وسائر من لا يصرف ماله
في غير المحرمات نعم لو صدر ذلك ممن لا يعلم رشده لم يحكم برشده كما لا يحكم بسفهه واما صرف المال كله
في الخيرات فيما لا ارتباط له بالتصرفات الاختيارية هنا اذ لا يجوز للولي تمكين الصغير من جميع
المال قبل ثبوت رشده انما يدفع اليه نفقة مدة الاختبار الا ان يراد صرفه في تمام ماله الا بعد دفعه اليه
من التفقه في الخيرات وكيفما كان ففي تحقق السفه والتبذير بانفاق الانسان تمام ماله في الخيرات
خلاف بين الاصحاب ففي المسالك ان المشهور عدم الحجر به في السفه اذ لا سرف في الخير كما لا خير في السرف
وفي التذكرة ان الانفاق ما يليق بحاله تبذير لانه اتلاف للمال ولقوله تعالى ولا تبسطها كل البسط
وموضع الخلاف على ما قيل من لا يكون ذلك لائقا بحاله عادة فانه يكون لائقا به لم يكن سفيها قطعا
كما قطع به في المسالك وعليه فما ينقل عن اكابر الصحابة وبعض الائمة عليهم السلام من خروجهم عن اموالهم في الخير
خارج عن محل النزاع والظاهر ان صرف اكثر المال بحيث لا يبقى له قدر النفقة يحكم صرف الكل ولذا منع
منه بعضهم وجوز صرف اكثر المال بحيث لا يبقى له قدر النفقة مع بقاء قدر النفقة وفصل بعض

بين

بين من صدر ذلك منه بعد البلوغ والرشد وبين من بلغ قبل ثبوت الرشد فاجاز في الاول ومنع في
الثاني ولعل الموجب للحكم بالسفه والتبذير في صرف الكل والاكثر ممن لا يتوقع ذلك منه عدم ظهور
القرينة بذلك في الاشرفية وطلب ما عند الله لبعض التجار الذي في جميع الاحوال جمع الاموال فانه
اذا صرف ماله جميعا لا يلائم طبعه كان لاختلال في عقله او للرياء والسمعة فيكون تبذيرا لصرفه في
غير الاغراض الصحيحة وهو يتحقق لو علم ذلك من حاله والظاهر والتأسي بالمستحضر يقلد عن الائمة عليهم السلام و
اكابر الصحابة في خصوص فيعرض على صحيح لا صرفه ولا تبذير نعم قد يمنع منه في بعض الاحوال كما لو
علم من نفسه الانتقال الى السؤال فينبغي ان يبقى حينئذ قدر كفايته في الجملة ويتوقى مما دل عليه
من قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا مبذرا ولكن في تحقق السفه بذلك بحيث
يثبت الحجر عليه محل تأمل اذ لا ملازمة بين التبذير والسفه فقد لا يكون سفيها وان كان مبذرا نعم لا يحكم
على فاعله بالرشد فلا يستعلم منه حال البالغ قبل تبين الرشد منه ويثبت بشهادة النساء
في النساء وشهادة الرجال مطلقا لا اشكال في ثبوت الرشد بشهادة الرجال مطلقا في الرجال والنساء
لعموم قبول البينة كما لا اشكال في ثبوت رشد النساء بشهادة اربع نساء لكونه من الامور التي يعسر
اطلاع الرجال ويسهل اطلاعهن عليه غالبا واولى منه ثبوته برجل وامرأتين وبأربع حتى في الظاهر
عدم ثبوت رشد الرجال بانضمام النساء في الشهادة لان الرشد كالبلوغ وان استلزم مطالبة الولي
بالمال الا انه لا يعد مالا ولا المقصود منه المال وظاهر انه لا يثبت بشهادة النساء منفردة ولا
يصح اقرار السفيه بمال لا وقوف في المال المقر به بين ان يكون عينا او دينا لكونه محجورا عليه فلو نفذ
اقراره لادى الى تضييع ماله في نفوذ ما اقر به حال السفه دون ذلك بعد تحقق رشده وجهان
ظاهر الاصحاب عدم النفوذ ولعله لعموم ما دل على ان السفيه لا يجوز امره اما لو اقر بغير المال من عقد
او ايقاع او غيرهما فنفذ اقراره لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز على انفسهم ولو اقر بما يستلزم
المال من زوجية او نسب او سرقة ففي سماعه مطلقا لعموم لعدم كونه اقرارا بالمال اصالة وعدم
سماعه كذلك لكونه اقرارا بالمال في الجملة او سماعه في الملزوم غير المالي وعدم سماعه في

اللازم وجوه اظهرها الاخير ولا فيه لا الى الافراد من احدهما بالمال والاخير بغيره فيصح منهما بفسخ ويبطل
فيما ابطل ومثله لو اقر الرشيد بالسرقة مرة فانه ينفذ بالمال دون الحد وحرفلو احتاج المولى عليه الى النفقة
انفق عليه من بيت المال لانه معد لمثل هذه المصالح ويتوقف المنفق في ذلك من حيث انه اضرار بالمسلمين المستحقين
فيقتضي التوقف في جميع ما اعد لهم من المصالح ولو ان مما يوجب الفضا فقضي لنفس نفذ او اراده فلو عفى
على مال فقيل لزوم الولي منه ذلك من مال وجهان اظهرهما اللزوم لما فيه من حفظ النفس وهو اهم
من المال ولذا وجب بذل المنفقة حفظا للنفس من التلف ولا تفوت في المال ولا بيع عوض
الخلع ويجوز ان يتوكل لغيره في سائر العقود لا يحجر على السفيه الا في التصرفات المالية من الهبات
والمعاوضات والنفقات الزائدة على قدر الحاجة ونحو ذلك مما هو مظنة لتضييع المال وما
في غير ذلك من عبادات او عقود او ايقاعات او اكتساب مال بالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد نفسه
بمال او خلع ذو حجر على مال او نحو ذلك فهو بحكم الرشيد لا يحجر عليه في ذلك من غير خلاف ولا اشكال
علاوة بالاصل في غيرها مما يقضي به دليل الحجر كتابا وسنة من منعه عن التصرف بما الرجا حقه فلا ينفذ تصرف
فاذا ناسب تصرفات العقلاء الا باذن الولي او اجازته مع وجود المصلحة على المشهور وعن الشيخ
وجماعة منعهم مطلقا وان اذن وليه كما في الصغير لكونه مسلوب العبارة فيما يتعلق بالمال لعموم النهي عن
ايتائه للسفهاء المال وهو مخيرا لوكان التصرف موقوفا على تمكينه من المال وتسليمه اما لوكان مجرد
عقد مع من يلي الولي القبض والاقباض فلا مانع من نفوذه مع الاذن بشرط المصلحة او لا يقتضي ذلك
عن الفضولي في العقد ولكون السفيه يتصرف ضد تصرفات العقلاء فيقتضي حجره عن تصرفه لنفسه
وجهان اقواهما ذلك لظهور دليل الحجر في حجره عن تصرفه بدون اذن الولي ويحتمل الاجتناب التصرف
الذي لا يتأذى به في حقه وان وجب على وليه المنع من ذلك مع تمكنه من المنع ويمتد حجر
المجنون الى ان يفيق لا ريب في الحجر على المجنون ومنعه من جميع التصرفات مالية كانت او غيرها كما في
الصغير ولا فرق بينهما الا في الطلاق فان لولي المجنون الطلاق عليه مع المصلحة بخلاف الصغير
وفي صحة بعض التصرفات من الصبي باذن المميز الولي كما سبق سبقت الاشارة اليه بخلاف

الجنون

المجنون ويمتد الحجر عليه الى حين الافاقة وكمال العقل من غير فرق بين ان يكون مطبقا او ادواريا فيختص
الحجر في الاخير على حالة الجنون دون الافاقة لوجود المقتضي في الاول وارتفاع المانع في الاخير
والولاية في مال هما للاب والجد فيشتركان في الولاية لو اجتمعا ثم الوصي ثم الحاكم والولاية في مال السفيه
للحاكم على ما سبق وتلاه كل ولو سبق رشده فللحاكم الولاية وتمام ما يتعلق بذلك قد سبق في كتاب البيع مختصا بحق الكلام
في الاولياء وان ولاية الطفل والمجنون والسفيه للاب والجد شرعا لا ونهيا وانه لا فرق في ولايتهما
على المجنون والسفيه بين المتصل منه من ذلك بالبلوغ والمنفصل لكن المنسوب الى الاشهر الاكثر في السفيه
ان ولايته للحاكم مع انه لا خلاف بينهم في ثبوت ولايتهما على المجنون المتصل جنونه بالبلوغ بل في
المسالك انه لا خلاف في ولايتهما على الطفل فظاهره والمجنون ما هو ظاهر اكثر الفتاوى من عدم
الفرق بين المتصل والمنفصل كما هو ظاهر الاجماع المحكي عن التذكرة وغيرها وبعضهم يحتمل ما دل عليه
في النكاح مما يظهر من المحقق الثاني وغيره من انتقال الولاية في الجنون الطاري الى الحاكم عليه متجددا ولا
منشأ له سوى دعوى انقطاع ولاية الاب بالبلوغ والرشد فعودها بعد الجنون مما لا دليل عليه بخلاف
الحاكم فانه ولي عام لا يحتاج في ثبوتها الى دليل خاص ولاية الاب بالنظر الى الولد والامر عام انه
اذ مناطها الانتفاء وحرف النصرة كما هو المستفاد من الاخبار الواردة في الوصايا وغيرها نحو
ما ورد في وما لك لابيك وما ورد من انعقاد نذر الولد بدون اذن الوالد وغير ذلك مما يستفاد
منه عموم ولايته على الولد واما الحاكم فانه ولي من لا ولي له كما ورد في بعض النصوص والاب من الاولياء
فلا تثبت للحاكم معه ولاية وحرفنا نسب الى الاكثر من ان الحاكم ولي السفيه مطلقا غير متجه سيما بالنظر
الى السفيه المتصل بالبلوغ فانه مخالف للاستصحاب ولظاهر الكتاب فان المفهوم من قوله تعالى فان
آنستم منهم رشدا فادفعوا عدم الدفع مع عدم ايناس الرشد وابقاء المال في يد وليه على نحو
ما كان واذا ثبت ذلك في السفيه المتصل ثبت في المنفصل ايضا لعدم القول بالفرق الا ان
يستفاد الاجماع على انتقال الولاية في السفه المتجدد الى الحاكم كما قد يلوح من الفاضل الثاني
في الروضة والمسالك وشيوعه في غاية الاشكال واما ما يستدل به البعض في ولاية الحاكم على السفيه

مع ان ثبوت السفه ثبوتا وزوالا موقوف على نظر الحاكم وحكمه فتكون الولاية عليه له ففيه المنع من توقفه على
حكم الحاكم كما استعلم ومنع الملازمة بعد تسليم اللزوم ايضا مع ان كثيرا ممن لا يعتبر حكم الحاكم فيه مصرح
بانتقال الولاية الى الحاكم فلا شبهة في ضعف هذا التعليل والعمدة ما ذكرناه من عموم ولاية الاب
والجد الا ان يقوم اجماع على انتقالها الى الحاكم في محل مخصوص سواتي به وعليك بملاحظة ما سبق
في البيع فانه قد بان كثير مما اهملناه في المقام مما يتعلق بولاية الاب والجد وتقديم وصيهما على الحاكم
وحكم تصرفه مع التعارض وغير ذلك فلاحظ والعبد ممنوع من التصرف اما العبد فلا خلاف
في الحجر عليه في جميع تصرفاته مالية كانت او غيرها عدا ما يأتي من جواز طلاقه لغير امة مولاه وان كره
المولى وجواز ضمانه على قول العلامة في التذكرة وقد سلف ما يتعلق به من الاحكام في مبحث دين
العبد واما المريض فلا فرق بينه وبين الصحيح فان ما يتبرع به من التصرفات المنجزة لا يملك نقله
بدون اجازة الورثة الا من الثلث كما هو المعروف المدعى عليه الاجماع لعدم الاعتداد بما يحكى عن
والد الصدوق من جواز الوصية بجميع ماله ولا بما يحكى عن ابن الجنيد والصدوق من جواز وصيته
بما الكل اذا لم يكن له وارث عدا الامام وما عن الشيخ والصدوق من العمل بظاهر الخبر المشتمل على
جواز ذلك اذا لم يكن له ولد حين الوصية وان تجدد بعده لضعف هذه الاقوال وشذوذها في
عدم صراحة المحكي عن عبارة والد الصدوق في المخالفة بل لعله ظاهر في موافقة الاصحاب لانه
صرح بان الوصية بالثلث هو الغاية وانه ان اوصى بما زاد عليه فهو اعلم به ومقتضاه انه غير معلوم
التصرف عنده ولعله لم يصرح بالفساد من حيث امكان تنزيله وحمله على وجه صحيح بان يكون
ما اوصى واجبا او محاباة فيه من الورثة ومع ذلك لا يلزم تنفيذه الا اذا علم ابتنائه على الوجه الصحيح
وحمل غيره خلافه فلا ريب في ضعفه كضعف ما اشرنا اليه من القولين وان ورد بها في النصوص
ما يدل عليها لكونه غير ما رواه عن الصادق ع ان الرجل احق بماله ما دام فيه الروح اذا اوصى به كله
فهو جائز وخبر السكوني عنه عن ابيه عليهما السلام في الرجل يموت ولا وارث له ولا عصبة قال
يوصي بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل وما عن محمد بن اسحق المتضمن

لقوله

لقولهم ع ان كان اوصى بماله اي الوصية بما زاد على النصف من قبل ان يكون له ولد فجائز وصيته وذلك ان
الله ولده ولا ولد من بعده وخبر علي بن الحسن المشتمل على وصية محمد بن عبد الله بن زرارة ونحو ذلك
من الاخبار والآثار من الشواذ التي لا تنهض لها في معارضات الاجماعات المحكية والنصوص المستفيضة في
المتواترة القاضية بالمنع من الوصية بما زاد على الثلث وانه حيف على الورثة وتعدي عليهم وانما الاخص
الا بامضاء الورثة واجازتهم فلا مناص عن اطراح النصوص المشار اليها وتنزيلها على الجواز حيث
تصح الوصية بالجميع لوجوب الموصى به بنذر او كفارة او استطاعة او لاجازة الورثة او اذن الامام
حيث يكون الارث مختصا به او على ارادة المنجز من لفظ الوصية مجازا او نحو ذلك مما تخرج به الا مع
اجازة الورثة واخبارهم وتمام الكلام وباقي تمام ما يتعلق بالمسألة يعون الله تعالى واما ما يتجزه
المريض من تصرفاته المنجزة بما كهبة وصدقة ووقف وعتق فقد ذهب كثير من القدماء كالصدوق
والشيخين والسيد وابن البراج وابن ادريس وابن سعيد الى نفوذها من الاصل بل قيل انه المشهور
بينهم بل ادعى في الانتصار والغنية الاجماع عليه في الهبة ومن تبعهم في ذلك جملة من افاضل المتأخرين
كالآبي والحر العاملي والسبل في الرياض علاوة بالاصل وظواهر جملة من النصوص نحو قوله ع في الحسن
الانسان احق بماله ما دامت الروح في بدنه وقوله ع في موثق عمار الميت احق بماله ما دام فيه الروح
يبين به فان قال بعدي فليس له الا الثلث ونحوه خبره الآخر وخبر ابي بصير وخبر مرازم وغيرها
من الاخبار المؤيدة بالسيرة المستمرة على عدم امتناع المريض عن تبرعاته الزائدة على الثلث منجزا
او مؤخرا ومنها النصوص الواردة في العتق كالخبر العامي المروي في المسالك وقال انه الاجود
وما ورد في الباب متنا او سندا ومن ادعى خلاف ذلك فالسيرة دعواه وعليه انصوا بن
ابن الجنيد في كتابه الاحمدي وهو ان رجلا اعتق ستة اعبد في مرضه لا مال له غيرهم فما
سلعاهم النبي ص وجزاهم ثلاثة اجزاء فاقرع بينهم فاعتق اثنين واوفق اربعة وخبر
عقبة بن خالد عن الصادق ع في رجل حضره الموت فاعتق مملوكا له ليس له غيره فابى الورثة
ان يجيزوا ذلك كيف القضا فيه قال ما يعتق الا ثلثه ونحوه خبر علي بن عقبة وخبر ابي بصير

عنه ع قال ان اعتق رجل خادما له ثم اوصى بوصية اخرى الغيت الوصية واعتقت الجارية الا ان يفضل
من ثلثه ما يبلغ الوصية وصحيح الحسن في رجل اعتق غلاما واوصى بوصية وكان اكثر من الثلث قال
يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي وخبر الحسن بن جهم قال سمعت ابا الحسن ع يقول في رجل
اعتق مملوكا له وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين ثلثمائة درهم
ولم يترك شيئا غيره قال يعتق منه سدسه لانه انما له منه ثلثمائة درهم ويقضي ثلثمائة درهم وله من الستمائة ثلثها
ثلثها فله السدس من الجميع ونحوه صحيح عبد الرحمن ابن الحجاج الطويل المشتمل على سؤال الصادق ع عن اختلاف
ابن ابي ليلى وابن شبرمة وغيره مما يدل على اختصاص تصرفه في ثلثه حيث قال له عبد الرحمن
اليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء قال بلى وصحيح جميل ابن دراج وغيره من الاخبار وهي مع كثرتها
والصحيح منها واضحة الدلالة على المطلوب وحملها على التدبير مع تحاشي الفقه لصريح بعضها بعتق حقيقة
موردها بالعتق غير قادح للاولوية او القطع بالغاء الخصوصية ولعدم القائل بالفرق على ما ادعاه
المقنع في غاية المراد وان كان لا يخلو من مناقشة فان ابن زهرة ادعى الاجماع على نفوذ العتق المتبرع
به المريض من الثلث مع ادعائه الاجماع على خروج الهبة من الاصل بل قد يظهر من بعضهم عدم القائل
في نفوذ العتق المزاحم للدين من الثلث الا ان المستفاد من الاخبار العتق العتاق الخصوص منها روايات
المقتضي لجزء من الثلث عدم السقاط عند حضور الموت على ما زاد عليه فتامل ومنها ما ورد من الا
في نفوذ الاقرار وهي وان كانت مختلفة الا ان الجمع بما هو المشهور الا الاكثر من نفوذه من الثلث مع
التهمة ومن الاصل مع عدمها متعين وان جمع بينها بغير ذلك مما لا ينافي فيه لتعلق النفوذ بالثلث
في الجملة فلولا تعلق حق الوارث بالتركة لم يكن وجه اصلا لقصر نفوذه بالثلث في حال من الاحوال
بل في بعض النصوص المشار اليها ما يفيد اختصاص حق المريض بالثلث كخبر العلاء بياع السابري قال
سألت ابا عبد الله ع عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي
دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فاتى اولياؤها الرجل فقالوا له انه لصاحبتنا مال ولا
نراه الا عندك فاحلف لنا ما لها قبلك شيء فيحلف لهم قال ان كانت مأمونة عنده فيحلف

لهم

لهم وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه ولا يقدح ما لا اجمال
في هذه النصوص على المدعي دلالتها على النفوذ من الاصل وعدم الاثبات المعتبر عند بعضها بما اذا كان
علا او في بعضها صدقة وفي اخر مريضا وفي اخر وليا ونحو ذلك لجواز ان يكون تعلق حق الوارث بما قال
ذكر على وجه يرجح الاقرار بالدين لو يحمل على بعض الاحوال كالمفلس الذي يقبل بنفوذ اقراره بالدين وان تعلق
حق الغرماء والا ليقيت الذمة مشغولة لا سبيل الى الكفاية ومنها ما ورد في الهبة والابراء كخبر السكوني
عن جعفر عن ابيه عن علي ع انه كان يرد النحلة في الوصية وما اقر به بلا ثبت ولا بينة رده لظهوره في ان
رد العطية وما اقر به الى مخرج الوصية وهو الثلث وخبر ابي ولاد عن الصادق ع في الرجل يكون عليه
الدين لامرأته فتبرئه منه في مرضها فقال بل تهبه له فتجوز هبتها ويحسب ذلك من ثلثها
ان كانت تركت شيئا وهو نص في احتساب الهبة من الثلث ولا يقدح فيه ما تعلق به بعض ظاهر الاخوان
من نفي صحة الابراء من الدين وجواز هبته مع ان الحال يقتضي العكس لجواز ارادة التركي الجواز
الهبة يعني انه لو وهبته جاز ويحسب ذلك من الثلث فضلا عن الابراء فصرح ولا دلالة على ما قيل من
جواز هبة ما في الذمة لان مرجعها الى الابراء ويجوز ان يكون اطلاق الهبة في الخبر على معنى الابراء وان
النفي المستفاد من الاضراب متوجه الى الاحتساب من الاصل كما يقتضيه ظاهر السؤال فيكون المعنى
انه لا يبرأ من الدين كله بمجرد الابراء بل يبرأ منه على قدر ما يسعه الثلث وعليه يحمل ما ورد في
خبر جراح عنه ع في الرجل يكون لامرأته عليه الصداق او بعضه فتبرئه منه في مرضها فقال لا
لا اذ لا قائل بصحة الابراء معه في المرض فالمراد نفي صحته من الاصل واداه من الثلث وفي خبر سماعة
مثله وزاد ولكنها ان وهبت له جاز ويمكن تنزيله على ما عرفت كما يمكن تنزيل ما ورد في خبر
جراح في عطية الوالد لولده قال ان اعطاه في صحته جاز وفي خبر سماعة قال سألته عن عطية
الوالد لولده قال اذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما شاء فاما في مرضه فلا يصلح وهو صريح
في الترجيح عليه حال المرض ولاجل الافيما زاد على الثلث اجماعا وحمل نفي الجواز المستفاد من
مفهوم الاول ومنطوق الثاني على الحكم التكليفي وهو التحريم او الكراهة دون الوضعي وهو

البطلان بعيد جدا ومنها النصوص الناصة على ان للرجل عند موته ثلث ماله وهي صحاح مستفيضة
كصحيح عبد الله بن سنان وصحيح علي بن يقطين وصحيح ابي بصير وصحيح يعقوب بن شعيب وغيرها مما
هو كالصحيح في الحجر عليه فيما زاد على الثلث عند الموت والمراد بعند الموت عرفا ولا وجه لحملها
على مصاحبة الموت والوقوع فيه لتكون المعنى ان للرجل بعد موته ثلث ماله اذ من المعلوم ان الرجل
موته ثلث ماله اذ من المعلوم ان الرجل بعد الموت لا يملك شيئا مالا ولا تصرفا وانما يملك في حال
الحياة التصرف بالمال منجزا ومعلقا بعد الموت بالوصية والصحاح المشار اليها صريحة في انه لا يملك
التصرف الا بالثلث وحملها على التصرف المعلق تقييد للاطلاق من غير موجب للتقييد فلذا ذهب اكثر
المتأخرين ادعائهم عدا من شذ الى خروج منجزاته من الثلث وحكاه المقنع في غاية المراد عن الصدوق
وابن الجنيد والشيخ في ... والخلاف والمحقق نجم الدين والمتأخرين وهو ظاهر اتفاقهم عليه
ومع هذا فما ظاهره انه المعروف بيننا وقد سمعت ما في الغنية من دعوى الاجماع على خروج العتق
المتبرع به في المرض من الثلث علاوة بالنصوص المشار اليها المؤيدة بكثرتها وتجاوزها حد التواتر
معنى وصريحها لانها بعد ملاحظة انضمام بعضها الى بعض واخصيتها مما دل من النصوص على خروجها
من الاصل فتعين الجمع بينها بالتخصيص والتقييد سيما مع ضعف دلالتها على الخروج عن الاصل
لقلته عددا وقصوره دلالة لاحتمال ... وبيان المراد من الاخصية في النصوص المذكورة انه لا اعتراض
للوارث عليه فضلا عن غيره ما دام حيا بل له التصرف فيه كيف شاء وان كان لو مات لوارثه المنع مما زاد
على الثلث في وصيته ومنجزاته التبرعية ولذا ورد في بعض نصوص عمار ان الرجل احق بماله ما دام
فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز له مع ان الوصية لا تنفذ بعد الموت الا فيما بالثلث انه لم يجوز
الورثة اجماعا فيكون المدار من الجواز عدم ملكية الوارث عليه وان كان للوارث حق لكنه لا يزاحم حق
المالك في حياته ولذا لو رد الوارث وصيته بما زاد على الثلث في حياة الموصي لم يبطل اجازته له ذلك بعد
الموت مضافا الى منافاة الخروج من الاصل لحكمة الوصية ونفي خروجها من الثلث من لزوم الاضرار
والاجحاف بالورثة ودفع ما يلحق المتضرر من التهمة في ارادة حرمان الورثة لو اوصى بما زاد على الثلث

لحضوره وانه زائد وظهور علامته واما دائر وهي كناية عن المرض الشديد كما هو المفهوم منه

وقد ورد

وقد ورد في ذيل صحيح ابن الحجاج المشار اليه مما تقدم ما يشهد من ان الوجه للاقتصار على الثلث في المنجز
دفع التهمة عن المتصرف وفيه تنبيه على اتحاد الوصية والمنجز في تعلق الخروج بالثلث لاطلاق لفظ
الوصية على العتق المنجز المذكور في صدر الخبر المذكور فلا محيص عما عليه المتأخرون من الحكم بالخروج
من الثلث الا ان الخروج من الاصل لما كان الاصل هو ما للازم الاقتصار على المتيقن من المرض والمتصرف
فاما المرض فقد اعتبر الشيخ وجماعة كونه مخوفا واعتبروا مع الشك الرجوع الى الاطباء او شهادة
عدلين من اهل المعرفة واختلفوا في الاكتفاء بحصول الظن ولو من قول غير العدل واحتاجوا
الى تقسيم الامراض ومعرفة المخوف منها وغير المخوف الا ان اعتبار الخوف مما لا شاهد له من النصوص لخلوها
عن اعتباره وانما اشتملت على كونه عند الموت وعند حضور الموت ولا دلالة فيه على اعتبار كون المرض
مخوفا بل الظاهر منه حصول الموت ايضا بنفس المرض الذي يتعقبه الموت وليس المراد من ذلك الاشراف
وبلوغ الحال المعاينة والنزع فالتصرف الواقع في المرض المسبب للموت تصرف عند حضور الموت عرفا
فلذا اختار المحقق والعلامة وكثير من المتأخرين من الاكتفاء في الحكم بالمرض الذي يتفق معه الموت
ومرادهم ما نسب عنه الموت عرفا فلا عبرة بالمرض المتطاول سنين كالسل في ابتدائه ونحوه لا بما يقطع
في العادة عدم تسبيبه للموت وان اتفق الموت بسببه كالرمد والزكام والصداع وحمى اليوم ونحوه
بل العبرة بما لا يؤمن معه من الموت عادة عرفا وان لم يكن مخوفا ولا اعتبار بغير المرض من الاسباب كا
لغرق والحرق والطلق ومباشرة الحرب وظهور الطاعون ونحو ذلك وان علم الموت به بلا خلاف فيه
على ما حكاه المقنع في غاية المراد ولعله لعدم الاعتداد بالمحكي عن الاسكافي من الحاقه بالاصل
من غير معاوضة سوى توهم تعديه الى العلة وهو غير منصوص واما التصرف فالمدار فيه على التصرف
الاختياري المفوت على الوارث مالا موروثا فلا عبرة بما يفوت على الوارث قهرا من دون تسبب
اصلا كما لو ملك بالارث من ينعتق عليه وكذا لو نذر تملكه بالشراء في حال الصحة او في
حال المرض في وجه فاشتراه في المرض ايضا اما لو تملكه اختيارا في حال المرض من غير لزوم ففي الخروج
من الاصل او الثلث وجهان من كون الخروج قهرا فلا تصرف منه ولا ... ومن ان القدرة على السبب

فلذا وعلى المسبب فيندرج منا في التصرفات الاختيارية تفويت مال على الوارث اصلا ولا بما كان من المحاباة
اذا لم يكن المدفوع من الامور ونحوه كما لو آجر نفسه باقل من اجرة المثل او عقدت نكاحها باقل من مهر المثل
او لا تفويت على الوارث بذلك بل هو من الاكتساب انما الرباع لو آجر باقل من عوض المثل فقد ظهر الاكتساب
بكون المحابات في ذلك بحكم التبرع فيحسب منه من الثلث على المختار فان زاد عليه فسخ الوارث من
المبيع بعقد وما يقابل الزيادة كما لو باع ما يساوي ستة بثلاثة فانه يسترجع سدس المبيع
لكونه الزائد على ما يقابل الثمن بعد اخراج الثلث اليه ان لم يكن المبيع رهنا والا امتنع الاقتصار على فسخ
السدس من المبيع مجانا لافضائه الى الربا كما لو باع كرا قيمته ستة بكر قيمته ثلثة فان فسخ السدس
يفضي الى بيع خمسة اسداس كر بكر فالطريق الى تحصيل قدر المحابات من الثلث ان يفسخ الوارث ثلث
المبيع فيرد على المشتري ثلث الثمن فيتحصل المعاوضة بالثلثين في كل من المبيع والثمن فيجتمع للمشتري
اربعة وثانيه اثنان في مقابلة كره واثنان بالمحاباة من الثلث وعن العلامة اعتبار هذا الطريق
في غير الربوي ايضا نظرا الى ان المعاوضة مقتضية لمقابلة اجزاء الثمن وان كان اقل قيمة من المبيع فيمتنع
استرجاع السدس من المبيع بدون رد سدس من الثمن فيتعذر تحصيل قدر المحاباة من الثلث الا بمراعاة
الطريق المذكور ايضا وهو جيد وان رده المصنف بان عقد المحاباة منحل لعقدي بيع وعطية فلا مانع
من فسخ ما زاد على الثلث مجانا لكونه هبة لما فيه حق الغير فلا ينفذ بدون الاجازة لمنع انحلال العقد
المذكور الى عقدين وانما هو معاوضة بعينه مقتضية لمقابلة اجزاء الثمن باجزاء المبيع ولذا يسترد المشتري
من الثمن بقدر ما فسد من المبيع لو ظهر استحقاق بعضه للغير او كونه مما لا يملك ونحو ذلك ولا ينافي
ذلك احتساب المحاباة من الثلث لكونها بحكم الهبة في تفويت مال موروث على الوارث والمدار في
النصوص المذكورة كما عرفت على ما صدق عليه التفويت عليه عرفا فلا منافاة لكونه معاوضة حقيقة
ولا لصدق التبرع عليه ايضا اذ لا اثر لذلك في النصوص وانما تضمنت الهبة والابراء والعتق والاقرار
ونحو ذلك مما هو مستلزم لصدق التفويت فلا يندرج في التصرفات المحجور عليه فيها ما ليس
لنفسه او نفقة من يجب له دينا او اكرام ضيف او زيادة ومواجهة على نفسه وعياله او مال الغير ظالم
اوحفظ

اوحفظ عرض او اكرام طبيب لحاجة عائلة او نحو ذلك من التصرفات المحتاج اليها في العادة لعدم
معلومية انتفاء مثل ما فيها فيما سمعته من النصوص مع كفاية الشك فيتعين الرجوع فيها الى الاصل
من استمرار التسلط على عدم الضبط عليه في اموالها فانها مستمرة على السلطنة في نحوها اذ اثر البرء من التصرفات
التي لا يبعد الله داخ القصد فيه لحاجة الغائبة فيها ايضا دون ما كان من نحو الهبات والاوقاف والعتق ونحو
ذلك مما هو محل التهمة في حرمان الوارث من الارث غالبا وما في تعود التبرع في الوصايا بما لزم
تقع في الحال   ويثبت حجر السفيه بظهور سفهه ولا يتوقف على حكم الحاكم به ولا يزول الا بحكمه المنسوب الى
المشهور توقف الحجر على السفيه ثبوتا ورفعا على حكم الحاكم استنادا الى الاصل فيما لم يثبت عليه اجماع والى
عمومات العقود والمعاملات ووجوب الوفاء بها وان موضوع السفه والرشد اجتهادي لاختلاف العلماء
في بعض ما يعد سفها ورشدا فيتوقف ثبوته ونفيه على راي الحاكم وانه لو كان يحجر بمجرد تحقق السفه من غير
حجر وانه لم يحكم الحاكم به لادى الى العسر والحرج في المعاملات بناء اعتبار الرشد في صحتها لاجل السفه
ما نعا فانه لغالب المعاملات مع السفيه او مجهول الحال مع استمرار السير على المعاملة من غير بحث
ولا نظر وذهب جمع من المحققين الى عدم اعتبار الحاكم في الحجر معه ثبوتا وزوالا استنادا الى ظواهر الادلة
من الايات والروايات القاضية بالحجر عليه بمجرد السفه من غير مراعاة امر آخر من الحاكم او غيره نحو قوله
ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل
وليه بالعدل الظاهرة في النهي في الاولى عن ايتاء السفيه المراد به من صدق عليه ذلك عرفا وعادة وثبات
الولي والولاية عليه في الثانية ولان السفه علة في المنع كما ان الرشد علة في عدمه فيدور الحكم
معها وجودا وعدما ولان الحجر على السفيه انما هو لمصلحته والنظر له في حفظ ماله كالحجر على الصبي
والمجنون الا انه فانه لا يعتبر الحكم المحجل لا كالحجر على المفلس فانه لمصلحة الغرماء فلا يثبت بدون
الحاكم وهذا هو الاقوى لضعف ما ذكر في حجة التوقف من الاصل والعمومات المخصصة ببعض ما عرفت
ودعوى ان السفه والرشد اجتهاديان لا يمنع ذلك بل اجماع مبادئ ولا يقدح الاختلاف في بعض الافعال
اذ هو من الاختلاف في المصاديق العرفية ولو فرض توقف ثبوته ونفيه موقوفا على راي الحاكم

ثلاثاين منه توقف الحجر عليه على رايه ايضا ودعوى لزوم العسر والحرج لو اكتفى في الحجر بمجرد تحقق السفه
في حيز المنع لو قلنا بكون السفه مانعا فانه يلزم انما اجتنابه معاملة معلوم السفه ولا عسر فيه
واما مجهول الحال فالسيرة قاضية بصحة معاملاته عملا باصالة الصحة فعل المسلم وباصالة الرشد على
السفه الا مع من جهل الحال بعد العلم بسبق السفه فان استصحاب سفهه والحجر عليه موجب للمنع كما
ان جهل الحال بالسفه المتصل بالبلوغ قاض باستمرار الحجر الى ثبوت الرشد لقوله ثم حتى اذا بلغوا النكاح
فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم لظهوره في زوال توقف الحجر عن الصبي على امرين البلوغ
والرشد فالحجر ثابت الى ان يعلم سفهه بعد البلوغ فان لم يعلم رشده كما صرح به الاصحاب من غير خلاف
يعرف بينهم ومقتضاه ان النزاع في اعتبار حكم الحاكم وعدمه في الحجر على السفيه انما هو في السفه المتجدد
بعد الرشد لا في المتصل منه بالبلوغ لمعلومية اتصال الحجر عليه وتوجه الخطاب الى اولياء قبل البلوغ
من اب او جد او حاكم او غيرهم بمنع ايتاء المال اليه الا بعد استئناس ايناس الرشد فليس ظهور السفه
مانعا من دفع المال وبقاء الحجر كي يقع الخلاف في محل ثبوته بمجرد ظهوره او بعد حكم الحاكم بل العلم
بالرشد شرط في ارتفاع الحجر فلا يزول عنه بدون العلم بدون تحققه ويؤكد ذلك انه لو كان
زوال الحجر بعد البلوغ موقوفا على حكم الحاكم لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم لكونه عندهم
من اهم الاشياء كما افاد ذلك العلامة في التذكرة ويظهر منه انه لا خلاف في عدم توقف السفه المتصل
بثبوتا على حكم الحاكم ولا رفعا الا من بعض الشافعية فاعتبر ذلك القاضي معللا بان الرشد انما يعلم
بنظر واجتهاد ولعل هذا التعليل هو الذي حدى المصنف على ما اختاره في الكتاب من التفصيل حيث
اعتبر الحكم في دون ثبوته مع ان الاحتياج الى النظر والاجتهاد في ثبوته اشد منه في زواله فلو عكس
المصنف التفصيل كما يشير الى التعليل لكان اولى ولعله جزم في التحرير بالتوقف على الحكم في زوده في
الزوال والمختار عدم التوقف مطلقا كما عرفت   وان عامله العالم بحاله استعاد ما سلمه فان تلف
فلا ضمان اذا عامل السفيه فاقبضه او اذن له بالقبض المضمون في بيع او صلح او هبة معوضة او قرض
ونحو ذلك فان كانت العين باقية استعادها على ما قطع به الاصحاب هنا من غير فرق بين علم الدافع
بالسفه

بالسفه والحجر او جهله بهما لبطلان معاملته بغياب المعاملة وبقاء العين على ملك مالكها
فله اخذها متى شاء وان كانت تالفة بنفسها او باتلاف وتفريط وكان الدافع عالما بحال السفيه موضوعا
وحكما فلا ضمان على السفيه لتقصير المالك بتسليطه السفيه على ماله وابتنائه له او تركه بالتصرف فيه ولانه
وان كان جاهلا بحاله موضوعا وحكما ففي ضمان السفيه لجهل الدافع وعدم تقصيره بالدفع اليه مختص
العاملة وعدم ضمانه لتقصير الدافع بعدم الفحص عن حاله كالدفع الى الصغير والمجنون مع الجهل بحالهما
قولان اظهرهما الضمان لعموم اولته ومنع تقصير المالك هنا لجواز معاملة مجهول الحال سفها
ورشدا بخلاف مجهول الصغر والكبر وجنونا وعقلا والفارق بينهما لزوم العسر في الاول دون
الثاني مع ان الاتفاق عليه ولو قبض السفيه من غير اذن ضمن لكونه قبضا بغير حق وان توهم كما لو كان
السفيه جاهلا بنفسه فيكون غصبا او كالغصب في ترتب الضمان لعموم اولته والظاهر عدم الخلاف فيه
فما في الروضة من جعل التفصيل بين الاذن وعدمها قولا ثالثا في المسألة غير مستحسن هذا ولم يظهر
من كلام الاصحاب العمل بما ذكرناه من الاحكام الرافعة والخلافية لا شكل الحال في حكمهم هنا
باسترجاع العين مع بقائها حيث يكون الدافع عالما مع مصير الاكثر في بيع الفضولي مع رد المالك
وعدم اجازته الى منع المشتري من استرجاع الثمن وان كان الاظهر جواز ذلك له كما بيناه في محله
ولا شكل اطلاقهم ايضا ضمان السفيه لو كان الدافع عالما بحاله الحال المقتضي قاعدة ما يضمن بصحيحه
يضمن بفاسده فانها مشتركة لصورتي العلم والجهل في كل من الفعل ولا وقف في الفاسد
الناشئ من اختلال الشرط في البيع او لحق المنافع الا ان يدعى اختصاص مورد القاعدة بالاول
فليتم وقد مر في الفضولي وفي بيان القاعدة ما ينفع تمام في المقام   وفي
ابداعه او عاريته او اجارته فيتلف العين تردد في ضمان السفيه لو دفع العالم بحاله ما
لا يضمن بصحيحه من وديعة او عارية او عين مستاجرة فاتلفها مباشرة او تفريطا نظرا الى
وانما لو تلف من غير تعد ولا تفريط فلا اشكال في سقوط الضمان عنه عالما كان الدافع بحاله
او جاهلا كما لا ينبغي التام في ضمانه لو كان الدافع جاهلا بحاله فاتلف مباشرة او تفريطا

الا على القول بعدم التضمين مع جهل الدافع في القبض الغير المبرئ لتقصيره في عدم الفحص فيكون بمنزلة العالم وفيه
ما عرفت و… ان الاشكال في اتلاف ما بالتبذير والتفريط مع علم الدافع بحاله … والمحقق هنا
والمحقق في الشرايع الاتية قال والوجه انه لا يضمن استنادا الى الاصل وتفريط الدافع بتسليط من
ليس لها اهلية الائتمان على ماله والى ما ورد من ان اسمعيل بن ابي عبد الله … ثم عن ان يستبضع رجلا كان
يشرب الخمر فاستبضعه واستهلك المال فجعل اسمعيل يطوف بالبيت ويدعو بان يخلف الله عليه
فلحقه ابو عبد الله فغمزه وعصره وقال مه يا بني فلا والله ما لك على الله حجة ولا لك ان يوجر ولا
يخلف عليك وقد بلغك انه كان يشرب الخمر فائتمنته الان قال فان الله يقول ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم فاي سفيه اسفه من شارب الخمر ان لا يزوج ولا يؤتمن على امانة … على امانة لم يكن للذي
ائتمنه على الله ان يوجره لكن الاصل منقطع بعموم الضمان والخبر ضعيف … سنده …
على محال النزاع اسمعيل … والمعلوم من ورود خلافه … نسبة الاتلاف الى الدافع مع … حيث
الا التسبيب مع انه لم يأذن له بالتصرف فليس باولى من نسبة الى المباشرة بل المباشرة هنا اقوى
من التسبيب لكون السفيه بالغا عاقلا مكلفا … العقلاء … حفظ الامانة وعدم التعدي و
التفريط فيها وان نهى عن ائتمانه فالقول بتضمينه مع المباشرة او التفريط الذي لا يقصر عنها كما عليه
العلامة في التذكرة والمحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهم هو الاقوى ونزل في جامع المقاصد
عبارة القواعد على التفصيل في الضمان بين المباشرة والتفريط وهو بعيد وفي الحاق الصبي والمجنون
بالسفيه في ضمانهما ما يدفع اليهما باختيار … ما بالاتلاف كالوديعة ونحوها … حكما
في المسالك ولم اقف على القائل بالضمان وانما ذكر العلامة في التذكرة والتحرير عدم القول بالضمان
… في جامع المقاصد ضمان المميز بالاتلاف والتفريط وهو قوي لصلاحية المميز للائتمان …
الحفظ واستنادا للاتلاف عرفا الى المباشرة وتفريطه لقوة مباشرته بالنظر الى السبب بخلاف
غير المميز والمجنون فانه … كالحيوان … لا يضمنان الا ما اتلفاه من غير تفريط من المالك
… ضعيف … التفصيل في ضمان الصبي والمجنون بين الاتلاف

بالمباشرة

٦٧

بالمباشرة في الضمان والتفريط وعدمه نظرا الى جريان الضمان بالمباشرة من خطاب الوضع وبالتفريط في
خطاب الشرع لان الضمان باعتباره انما يثبت حيث يجب الحفظ ولا وجوب على الصبي لما عرفت من ان الا…
بالمباشرة انما يوجب ضمانا اذا لم يستند الى سبب اقوى منها والا فالمتلف السبب دون المباشرة وعلى وجه … الاسناد
الى المباشر كما في الصبي المميز على الاظهر فلا فرق بين المباشرة والتفريط الموجب للتلف لاسناد الاتلاف
اليه فيهما عرفا وسقوط الخطاب التكليفي بالاثم لا يقتضي سقوط الخطاب الوضعي بضمان من اتلف لصدق الاتلاف
عرفا بكل من المباشرة والتفريط ولا يرتفع الحجر عنه بالبلوغ … وعشرين سنة هذا الحكم مجمع عليه بين
اصحابنا لعموم ادلة الحجر على السفيه كتابا وسنة ولم يخالف فيه غير ابي حنيفة … ولا
يمنع من الحج الواجب … ولا من المندوب اذا استوت نفقته اذ الحجر على السفيه في تصرفاته المالية فلا اثر للحجر
عليه في عباداته البدنية بل حكمه فيها حكم الرشيد ما لم تؤد الى تصرفه في ماله فيمنعه الولي من التصرف فيه لا من
نفس العبادة لعدم تعلق الحجر بها وانما يمنعه من المال حيث لا تكون العبادة واجبة عليه فلو وجبت وتوقف
على بذل المال كماء الوضوء والغسل الواجبين والساتر للصلوة الواجبة ونفقة الحج الواجب … اصلا
او عرضا بالنذر وشبهه قبل تعلق الحجر به وجب على وليه بذل المال والنفقة … وان زادت نفقته
في سفره على نفقته في حضره او لم تزد من غير خلاف ولا اشكال لتعين … العمل عليه … على بذل
المال الا المرة لا يمكنه من النفقة بل ينفق الولي او وكيله عليه واما غير الواجب كالحج المندوب فان
استوت نفقته سفرا او حضرا فلا اشكال في تمكينه من النفقة وان زادت لم يمكنه من الزيادة بلا خلاف
اجده الا ما يحكى من الاردبيلي من ان الولي لا يمنعه من الحج المندوب وان زادت نفقته وهو ان اراد …
الولي من سائر المندوبات المالية كالعتق والوقف وبناء المساجد والقناطر ونحوها مما هو من …
لتصرف العقلاء فهو مخالف لما يظهر من اتفاق الاصحاب على منعه من جميع التصرفات المالية عبادة
كانت وغيرها عدا ما وجب … العبادات مع منافاته لحكمة الحجر من ارادة صيانة المال …
حفظا … جعل السفيه وسيلة الى تضييع المال وان اراد تمكينه من خصوص الحج المندوب فلا
احد … خصوصيته سوى ان الحج المندوب … واجبا بالاحرام فيلزم … بذل نفقته الواجب …

الكامل

بالاحرام كما في الواجب … من الندب … وشبهه … تامل فان ما وجب بالندب انما لا يجوز منعه
حيث يتقدم سببه على الحجر اما لو تأخر عنه منعه والا لصار طريقا الى التبذير وتضييع المال ويمكن
ان يحمل كلام الاردبيلي على انه ليس لوليه منعه عن نفس الحج المندوب مع … زيادة النفقة لعدم
اشتراطه بالمال وان كان له المنع من بذل النفقة الزائدة فان تمكن السفيه من اتمام الحج المندوب
ولو بتكسب او بذل ما زاد وجب الاكمال والا تحلل من الاحرام كما في المحصور ولا منافاة في هذا
لما عليه ظاهر الاصحاب للتسالم على ان للولي تحليله وهو صريح في انعقاد احرامه …
افتقر الى محلل ولا ارادة من تحليل الولي امره بقطع الحج … بل … النفقة
الزائدة التي تتوقف سفره عليها فيصير … في الحج ويندرج في المحصور … لو امكن السفيه
من اكتساب النفقة الزائدة ففي منع الولي له من صرفها في الحج المندوب وجهان اظهرهما المنع لان
باكتسابه يصير من جملة ماله المحجور عليه فيه وما قيل من انه قبل اكتسابه لا مال له … صار
محتاجا النفقة انما يتم لو لم يمكنه العود اصلا او امكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال والا فلم
… احتياجه الى النفقة والقول بان الاكتساب غير واجب على السفيه فلا يلزم من صرفها
يحصل به اتلاف شيء من المال الذي تعلق به الحجر … الاكتساب وان لم يكن واجبا الا انه اذا
اكتسب باختياره وحصل المال تعلق به الحجر واستثني في المسالك … ذلك الكسب الواقع في
السفر الغير الممكن منه في الحضر ان كان بعد التلبس بالحج او قبله و… لم يمكنه العود الا بعد
ولا يخلو ما فيه فان الاكتساب مما لا يمكن في الحضر ان كان موجبا لرفع الحجر ثانيا فلا خصوصية له
في ارتفاع الحجر مع حصول احد الشرطين فان التلبس بالحج ان كان موجبا … لا كان له
… تحليله فقد صار محتاجا الى النفقة الزائدة ولا فرق في وجوب بذلها من الكسب
الممكن في الحضر وغير الممكن بل يجب بذلها ولو من غير الكسب … والا لم يرتفع المحذور وانما
اشتراط امكان عدم العود الا بعوض فانه … للمنع مطلقا امكن تحصيله في الحضر وما
لا يمكن في الحجر عليه بعد حصوله … يستثنى من ذلك … لو كان الاكتساب بنفس

السفر

٦٨

السفر او بما لا يمكن الا بإكمال السفر لاحتياجه الى النفقة الزائدة فيجب على الولي بذلها وكيف ما كان
بحيث يمنعه الولي من النفقة الزائدة واكمال الحج فلا خلاف ظاهرا في صحة احرامه وانعقاده وافتقاره
الى محلل لكون … بالهدي متعذرا لكونه مالا محجورا عليه فيه فيتحلل بالصوم ان يثبت
بدليته عن هدي الاحصار لكن … في الحج ان الاظهر عدم بدلية الصوم عنه لعدم الدليل واختصاص
بدليته في هدي التمتع كما هو المشهور بينهم … الحال في تحليله لان … على الاحرام الى
ان يتمكن من الحج … بل ضرر عظيم في حق المولى عليه فتحليله بالهدي تصرف في المال المحجور عليه و
لعله تحليله بالهدي حيث ينقص عن نفقة اكمال الحج اولى وانه ينقص … بدل النفقة لاكماله
للسالم من الاشكال … منها ويحصل … ويكون بالصوم لا خلاف في انعقاد يمينه
نذره وعهده ان تعلق بغير المال من سائر الاعمال لعدم الحجر عليه فيها كالاخلاف في عدم انعقاده
لو تعلق بشيء من ذلك بعين المال وان … في القواعد انعقاد يمينه المتعلق … ان اليمين على انفاق
مال معلق بتصرف مالي كالوصية والتدبير محجور عليه فيه … التامل في الانعقاد لو تعلق
بما في الذمة ففي التذكرة انعقاد يمينه … وفي الروضة انه لو كان مطلقا لم يبعد ان يراعى في
انعقاده الرشد ولعله موافق للتذكرة بحمله على ارادة … لزوم التأدية بعد الرشد والا فلا
… اصل الانعقاد بعد وقوعه صحيحا والحكم بانعقاده على ما في الذمة لا يخلو من اشكال اذ لا يخرج
بذلك عن كونه تصرفا ماليا ممنوعا عنه بالحجر ولذا منعوا شراءه بالذمة بل ظاهر التذكرة الاتفاق على
منع شرائه … لم يحك الخلاف فيه الا عن … شراء العبد بغير اذن
مولاه فان المذهب المشهور … من المنع من ذلك … لان الحجر … في حقه …
ذلك … وبالحجر على العبد لحق المولى فلا يمنع الحكم بصحته … المولى
فلم … الشراء … اليمين نعم قد يفرق بينهما بان الشراء مستلزم …
… الى الرشد وهو غير محقق … من هذه الجهة بخلاف
اليمين … في شراء العبد المحكوم بصحته … وصراحة التعليل المذكور ببطلانه

من نفوذ الحكم بالمالي وان كان في الذمة لا من حيث سفه البائع فالمتجه البطلان مطلقا الا ان يحقق
اجماع على صحته مع الاطلاق وحيث ينعقد يمينه لو حنث كفر بالصوم لا بالعتق ونحوه على ما قطع به
جماعة من الاصحاب للحجر عليه في المال وامكان التكفير بغيره وهو متجه واحتمال التخيير جواز
العتق بل وجوبه تعيينا او تخييرا لصدق التمكن من المال في الجملة فعدم الحجر عليه صريحه بحكم
غير المتمكن فينحصر التكليف بالصوم نعم لو فك حجره قبل تكفيره لزم العتق ان تمكن منه والعفو
عن القصاص لا الدية لا اشكال في جواز عفوه عن القصاص بناء على ما عليه اصحابنا من انحصار
الحق في الجناية العمدية لعدم كونه من الحقوق المالية فله استيفاؤه والعفو عنه من غير اذن الولي
اما على ما يحكى عن بعض المخالفين من تخيير المجني عليه بين القصاص والدية فقد قيل بانه ليس
له العفو عن القصاص مجانا وتشكل بان الحكم الحق المردد بين المال وغيره لم يتحصص كونه الا
فلا تشمله ادلة الحجر فكما جاز له القصاص وان فوت الدية فكذا يجوز له العفو عنها بعد اختيا
وانما الدية فلا اشكال في عدم الجواز العفو عنها مطلقا
التعهد الذي هو عقد من العقود لا الاعم منه ومن الحاصل بغيره من الاسباب الغير تاتية كا
لغصب والاتلاف وضمان المبيع قبل قبضه ونحوه فان ذلك انما هو مبني في محله والمعروف والمتبادر
من اطلاق الضمان لغة وعرفا ارادة التعهد بالمال من البريء فلا يكون يتناول الكفالة والحوالة
وان اطلق لفظ الضمان على ما يعمهما ايضا كان من المجاز وتعريف الفاضلين له بالتعهد
بالنفس والمال لا ينافيه فانه من المصطلحات الشرعية لا من الحقائق الشرعية ولا العرفية
على الظاهر وما في المسالك من ان الضمان المطلق حقيقة في المعنى الاخص مجاز في العرف الاعم
مطلق الضمان حقيقة في الاعم من الثلاثة على نحو ما قيل في المطلق الماء المجرد عن القيد بكونه
ضمان نفس او مال من البريء او غيره ولا يشتهر في بنائه والمعنى الاخص وعدم بنائه وغيره وجها
الحقيقة والمجاز ويؤكد ما ذكرنا بعد مناسبة الضمان للكفالة والحوالة على ما عليه اصحابنا
من اشتقاق الضمان من الضمن وانه محمول على ما كان في ضمنه في هذه ذمته اخرى بل لا مناسبة اصلا

في تسميتها بالكفالة والحوالة بناء على ما عليه المخالفون من اشتقاق الضمان من الضم لكون ضم ذمة
الى اخرى ولا يترتب عليه ما ذكره من تخيير المضمون له بين الرجوع على الاصيل والضامن وان كان ما ذكره
من الاشتقاق فاسدا لفظا ومعنى اما لفظا فلزيادة النون في جميع تصاريف المعنى وان يكون الحق الواحد
متعلقا بذمتين على صحة البدلية والاستقلال دون الاشاعة ودون عوى نفسه في الاولى كما
على المضمون فقد يمنع لاستقرائه والحق على من بيده تلك العين فان جاز الرجوع بها على غيرها الغاصب
والعلم بحط ذلك بعضهم فادعوا استحقاق الرجوع او لا على الاصيل فان تعذر جاز الرجوع على الضامن
لكون الضمان وثيقة كالرهن وهو كما ترى بل مفاد الضمان نقل مال من ذمة الى ذمة على ما عليه اصحابنا
الحق ذمة الضامن برئ الاصيل ولو برئ الاصيل لم يبرأ الضامن لعدم بقائه في ذمة الاصيل وان استحق
الضامن الرجوع عليه لم يكن متفرعا على ما ذكره المخالفون لو ابرأ ذمة احدهما لم يبرأ الاخر وبتفرع
على الخلاف بتساوي محالفينا في دور الضمان وترامية على ما ذكرناه دون ما ذكره
وهو التعهد بالمال من البريء عرف الضمان بالتعهد لان الكون الضمان نفس التعهد والعقد وال
عليه والملازمة للمسبب منه على السبب كما مر نظيره في البيع واحترز بقيد المال الكفالة لكونها تعهدا
بالنفس وبقيد البريء الحوالة بناء على اشتراطها بشغل ذمة المحال عليه للمحيل وان لم نقل بذلك
كان التعريف جاريا على ما هو الغالب في الحوالة والضمان لعدم اختصاص الضمان بمن كان بريئا
من شغل الذمة المضمون عنه بما ثل ما ضمنه اذ لا مانع من الحوالة على البريء ايضا على ما ذهب اليه
جماعة من الاصحاب وح فلا يكون في التعريف احترازا عن الحوالة ويمكن خروجها بقيد التعهد اذا
منها ما كان تعهدا اختياريا بالعقد ولا تعهد كذلك في الحوالة لكونها شبيهة بالاستيفاء
وحيث يصح عليها انه تبديل مال بمال سيما لو لم يعتبر رضا المحال عليه وعلى تقدير اعتبار رضاه
في صحتها تجوز انما هو من الشارع مجاراة من حيث احتلاف الغرماء في الاقتضاء والمطالبة ومثله
لا بعد من التعهد بالمال لا لقاء اسهر قبل الحوالة وان نسب عقد الحوالة الواقع بين
والمحيل التزام ما في ذمة المحال عليه للمحتال فهو كالالتزامات الضمنية فلا يندرج مثله

في اطلاق التعهد المنصرف الى ما كان منه بالاختيار في ما الاجرة بعد وضوح المراد من الاقسام الكثيرة و
يشترط كمال الراعي كمال الضامن المدلول عليه بعض مقام او بعد لا انه المقصد وهو التعهد او اسم الفاعل وهو
البريء والمراد من كمال اهلية للتصرف في المال بارتفاع الصغر عنه والحجر والجنون المانع من التصرف كالحجر
السفه وعلى المريض لتسبب الا ما زاد على الثلث في تبرعاته فانه لا يصح ضمانه فيما زاد على الثلث ان كان
بغير اذن من المضمون عنه لعدم استحقاق الرجوع عليه بما يؤدي في صحته مع الاذن وجهان وقد يفرق
العدم مع اعسار المضمون عنه والعلم بحاله حين الضمان لصدق التفويت به على الوارث عرفا ويقدم
ويتبع به بعد رفع الحجر لعدم منافاته لحق الورثة ولو ادعى الضامن عدم الكمال بعد الضمان فالقول
قول المضمون له في دعوى الكمال تقديما لمدعي الصحة على مدعي الفساد على اشكال فيما لو اختلفا في الصغر
والجنون ويقوى تقديم مدعي الفساد لو اختلفا في بلوغه حين العقد لعدم ثبوت اهلية التصرف
من احدهما الموجب الاصالة الصحة في فعل المسلم وحريته الا باذن المولى فيثبت في ذمة العبد
الا ان يشترط كونه من مال المولى يمكن اندراج هذا الشرط في اشتراط كمال الضامن بناء على ما عرفت
من ان معنى كمال اهلية للتصرف ولا ريب في ان العبد محجور عليه في جميع تصرفاته المتعلقة بنفسه او بماله
لو قلنا بملكه وان لم يكن منافيا لحق المولى عدا ما لا في ذمته وما يحتاج من صرف وقتا في تحصيله
ويخرج الاعتبار ومما هو مع العجز لم يوجب التفويت حق المولى بل فيه اشتراطه الى صحة
النيابة بالعقد لعموم ما دل على الحجر عليه من الكتاب والسنة والاجماع فلو ضمن بدون اذن مولاه لم يصح
على المعروف حتى يكون اجماعا بل لا خلاف فيه الا من العلامة في التذكرة فجوز ضمانه بدون اذن المولى
فيتعلق المضمون بذمته ويتبع به بعد العتق نظرا منه الى عدم منافاته على هذا الوجه لحق المولى العدم
تضرره بذلك فلا تشمله ادلة الحجر بل يكون مشمولا لعمومات الوفاء بالعقود وهو يتجه لو كان
المقتضي للحجر هو احتراز حق المولى خاصة وليس كذلك بل المقتضي له قوله لا يقدر على شيء مع النصوص
القاضية بالمنع من جميع التصرفات ما يضر المولى به وما لا يضره مع ان تضرر المولى بالضمان
المذكور متحقق ايضا ولو بمنعه من الاذن بالولاء لو اعتق مثلا والاعتذار عنه بان الارث لا يمنع

الضمان لكونه متاخرا عن الدين كما لا يمنع اقرار العبد بالدين ولا ضمان الحر لحق ورثته لا يجدي نفعا
فان تقديم الضمان على الارث هو الموجب لتضرر المولى بحرمانه من الارث على تقدير موت العبد بعد
عتقه فكان الضمان مانعا عن وصول المولى لما يحتمله من الارث على تقديره فتعين اندراجه في الضرر
المحجور عليه منها ونفوذ اقراره بالدين لو سلم فلكونه اخبارا بسبق شغل الذمة به فلو لم ينفذ لا
دى الى تضرر العبد بمقاساة ذمته مشغولة بخلاف الضمان فانه احداث شغل ذمته فكان للمولى
لضرره في الجملة ولكونه تصرفا في ملكه ولذا كان له المنع من الاستدانة قولا واحدا من منعه من
الدين يقتضي منعه من الضمان بطريق الاولوية فلا اشكال في منعه من الضمان بدون اذن المولى واما
مع اذن المولى فلا خلاف في صحته بل في التذكرة والمختلف الاجماع عليه لوجود المقتضي وارتفاع الحجر
المانع الحجر بالاذن واما الثمن في تعلقه مع اطلاق الاذن بذمة العبد فيتبع به بعد العتق او بذمة السيد
او بما له معجلا او بكسب العبد او برقبته يتعلق ارش الجناية به فالمشهور الاول لعدم دلالة الاذن الا على رفع
الحجر عنه في الضمان وذمته صالحة للضمان فيتعلق بها وقيل يتعلق الضمان بكسبه وهو مجهول الا ان الكل
ومع ذلك لا دليل عليه سوى انصراف اطلاق الاذن بالضمان الى ما يقتضي الاداء وهو كما ترى لو تم
لا يقتضي لم يختص بالكسب بل ينبغي جواز الاداء منه من مال المولى مطلقا اذ لا خصوصية للكسب فانه من
جملة مال سيده مع ان دعوى الانصراف المذكور في حيز المنع اذ لا يستفاد من الاذن سوى رفع الحجر
وهو اعم من تعلق الضمان بذمته او ماله والعام لا يدل على الخاص م وقيل يتعلق بذمة المولى
كما في الاذن له بالاستدانة والذي قواه الفاضل الشارح في الروضة والمسالك والكبير وبظهور
الميل اليه او اليه ما يقاربه من جامع المقاصد ومن المحكي عن الاسكافي الحاقا للاذن في الضمان
بالاذن في الاستدانة لكون الضمان نوعا من الدين ولا نصراف اطلاقه الى ما يقتضي الاداء والعبد
عاجز عنه من التأدية الا ما ل فيتعلق فيتعين تعلقه بذمة المولى او ماله معجلا وضعف الوجه الاخير
ويظهر مما مر واما الاول وهو الالحاق بالدين فقياس مع الفارق فان العمدة في اثبات تعلق
الدين بالمولى وورود النص المتبق في المقام مع ان الدين معاوضة ومن شانها ان لا يثبت

العوض الاعلى مالك المعوض ومن المعلوم ان ما يستوفيه العبد انما يملكه السيد فيلزمه العوض ولذا كان
المنهي من اطلاق الاذن بالاستدانة توكيل العبد واستنابته بلا معظم فيما يتعلق بها ونحوه بمصالح النفس
مما يلزم المولى كالنفقة ونحوها او بغير ذلك كما بخلاف الضمان فانه تحمل وتبرع لا يلزم المولى فيه فالزم
العبد ولا يفيد اذن التوكيل والنيابة ولا الاذن في التأدية من مال السيد مع مطلق او من مال مخصوص
كسبا او غيره الا بالعرضية او التصريح بانه يعود اضمنه في كسبك لكونه ملكه او بما في يدك من مالي او غيره
من الاموال وكيف ما شئت فيضمن العبد مشروطا على المضمون له التأدية من المال المأذون فيه فيصح ضمانه ويختص
التأدية بما يعينه كما يعين الحر ويشترط التأدية من مال مخصوص ويشكل الحال في صحة ضمان العبد على
النحو المذكور بناء على اشتراط ان يكون المال المشروط منه التأدية ملكا للضامن الا ان يمنع من ذلك بل
يكتفى في صحته باذن مالكه بذلك كما يصح رهن مال الغير باذنه او يدعى تحقق التوكيل والنيابة مع التصريح او
الخصوصية للعبد في جواز مثله من جهة ان نفسه وذمته مملوكتان للسيد فضمانه كضمانه او يدعى فهم
التوكيل والنيابة والتصريح بالتأدية المضمون من مال السيد كسبا او غيره فيتعلق الضمان حينئذ بذمة
السيد وعلى اي تقدير فيتجه صحة ضمان العبد المذكور بالنحو ولم اقف على قائل ببطلانه ويرشد العبد
تعلق ارش الجناية بل هو مخالف لما دل على ان الضمان انتقال مال من ذمة الى ذمة وان حكي عن بعض
شيخ التحرير تعلقه به وفيه فلعل المراد من ذمته هنا في التذكرة حكاية عن بعض المخالفين ولا اتفاق
اليه وحيث يتعلق الضمان بكسب العبد فلا اشكال في تعلقه ان لزم التأدية من الكسب فلو قصر عنها لم
ما قصر على صاحبه ولو اعتق العبد ففي بقاء الضمان وتعلقه بكسبه بعد العتق او ما يحصل الكرم
او بطلانه وجهان نسب الاول الى ظاهر كلام الاصحاب في المسالك وهو كذلك وعلل الثاني بفوات
المحل المعين لا داء المال لكون المراد من الكسب ما هو ملك المولى وقد فات ولا يخفى ضعفه فان تعلق
الضمان هو الذمة فلا اشكال بفوت بفوات ما وجب فيه التأدية من المال بالشرط وبالاذن من
المالك بل يبقى الحق في ذمته الى ذمته فيلزم تأديته من غيره ولا فرق في ذلك بكون الحق الضمان
في ذمة المولى والعبد ولا يختص التأدية بعد العتق بكسبه لو كان الضمان في ذمته لان ذلك لا يتحقق

كسبا في اصطلاح الشرع عرفا ولا مدخل الى اذن المولى فيه لانه لاسالطنة له عليه بل هو وما يحصل في يده
منه من غير ذلك سواء ومنه يظهر الحال فيما لو مات العبد قبل امكان الاداء فان الضمان ان كان متعلقا
بذمته فقد بطل وضاع على صاحبه وان كان في ذمة المولى بقي الضمان ولو مراد انه من غير الكسب المأذون فيه
فان في المسالك من احتمال الدوام مولى المأذون وعدم في ذمته وجعل المسألة مبنية على تعيين الاداء
من مال بعينه منظور فيه فانه في ذمته لمولى المأذون وعدمه في ذمته وجعل المسألة الى انما يتم لو كان في ذمة
المولى وهو خلاف التحقيق كما عرفت وعلى فرضه كما هو اختياره في المسالك لا وجه لاحتمال عدم
الامع فيه مع اشتراط المولى على المضمون له التأدية من كسب العبد ان قلنا بتعلق الضمان بالمال المشروط
به التأدية تعلق ارش الجناية بمال الجاني فالذي ينبغي المسألة هنا على مسألة تعيين الاداء من مال
ولا يخفى تفاوت الحال بين المسألتين فان مسألة الاداء من مال معين انما هي في صورة الشرط هنا
من التأدية من مال مخصوص فيقوم فيها مع تلف المال بغير تفريط احتمال ان بقاء الضمان لتعلق الحق
به كتعلق الدين بالرهن وهو المعروف بين الاصحاب لان موضع الضمان الذمة وتخصيص هذا الما
بالشرط انما افاد انحصار المطالبة به فعلا فهو شبيه بالرهن وان لم يكن منه وعدم بقاء الضمان
لكونه كتعلق الارش بالجاني لافادة الشرط حصول الحق في المال المعين وضعفه ظاهر واما مسألة
العبد وتأديته الحق من كسبه فلا اشتراط فيها اصلا بل يلزم التأدية منه لعدم تمكنه من غيره
وانحصار التأدية به فهو مال من الاموال يلزم التأدية منه لاذن صاحبه بذلك لا بخصوصية الحق
عنه فلا موجب لحصر الحق فيه وان احتمل في المال المشروط فليتدبر ولا اشتراط علمه بالمستحق
ولا بالغريم بل يشترط هنا المعروف بين اصحابنا انه لا يقدح في صحة الضمان جهالة الضامن بالمضمون
عنه او المضمون له حين الضمان فلا يجري عقده مجرى سائر العقود من بيع او صلح او اجارة او هبة
او نكاح او غيرها من توقف صحتها على معلومية كل من المتعاقدين لصاحبه وتوجه الخطاب اليه
بل لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا على ما حكاه في التذكرة صونا لماء من يعرف
الوفاة كما انه لو ضمن من لا يعرفه صح ايضا للاصل السالم عن المعارض فان الضمان

الحاجة المعرفة فيها حين العقد واما المضمون عنه فلكون الضمان محلا عنه واسقاطا لما في ذمته
فيجري مجرى الابراء والتبرع بوفاء الدين في عدم الافتقار الى من عليه الدين واما المضمون له فلان
الواجب اداء الحق اليه وهو لا يتوقف على معرفته حين العقد ولو قلنا باشتراط رضاه او قبوله اللفظي
المتصل بالايجاب لامكان تحقق ذلك ايضا في حال عدم معرفة الضامن به مع ان المستفاد من النصوص
الواردة في ضمان علي عليه السلام عن الميت الدرهمين وضمان ابي قتادة بحضرة النبي صلى الله عليه وآله وضمان علي بن الحسين
لدين عبد الله بن الحسن وابن اسامة عدم اعتبار معرفة الغريم للقطع بعدم حضوره في مجلس الضمان
وعدم تميزه اصلا فما يحكى عن المبسوط والتنقيح من اشتراط معرفتهما معا لا ينبغي في ضعفه كضعف
ما في الخلاف من اعتبار معرفة المضمون له وما في التذكرة من عكسه لعدم دليل صالح لاثباته دون
ما في الخلاف من معرفة المضمون عنه بانه لا بد من تميزه عن غيره عند الضامن ليقع الضمان عنه وذلك المعروف
ذلك يستدعي علم العلم وزاد غيره بانه يعتبر معرفته ليعرف حاله وانه هل يستحق اصطناع
المال ولا وتبعا علل بتوقف التمكن من الرجوع اليه بالاداء على ذلك وعلل في التذكرة معرفة
المضمون له بالامن بها من الغرور والضرر لتفاوت الناس في المعاملة والاقتضاء والاستيفاء
وتشديدا وتسهيلا والكل كما ترى نعم ما علل به اولا في معرفة المضمون عنه لو تم لكان متجها
لكنه مصادرة لمنع توقف وقوع الضمان عنه على معرفته وتميزه بل يكفي معرفة الحق وان لم
يشخصها فيضمنه المستحق حيث يتمكن من وفائه بعد الضمان الا انه يدعي خروج مثله
عن المتعارف في عقد الضمان وحصول الشك في اندراجه في اطلاقه وعمومه فتأمل ولذا
في التذكرة بعد ان حكم بعدم اشتراط معرفة المضمون عنه واستدل له بما استدل قال اذا
ثبت هذا فهل يشترط معرفة ما يميزه الاقرب العدم بل لو كان قال اضمن لك الدين الذي لك على من
من الناس جاز على اشكال نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن
القصد معه الى الضمان لو لم يقصد الضمان عن احد من كان اضمن بل قال في الشرائع بعد ان
جعل الاشبه عدم اشتراط العلم بالمضمون عنه والمضمون له لكن لا بد ان يمتاز المضمون عنه عند

الضامن بما يصح معه القصد الى الضامن عنه عند الضامن وان لم تكن معرفتهما شرطا في الضمان فيكون البحث
هنا عند المحقق في موضعين احدهما في اشتراط المعرفة التامة بهما بالاسم والنسب والحسب والحضور ونحو ذلك
وعدمه بحيث يوجب القصد اليه بخصوصه مميزا عن غيره او لا يعتبر فالاول فقد عرفت تحقيق الحال فيه وان
المخالف في عدم اشتراط المعرفة الاتمة عرفت واشرنا الى ما استند اليه المخالف في المقام لكونه من الاعتبارات
والاستحسانات التي لا تصلح للتقييد اطلاقات الادلة وعموماتها فكونه من علل المخالفين واعتباراتهم
التي لا تعويل عليها واما الثاني فظاهر الاكثر عدم اعتبار التمييز المذكور وبه صرح في التذكرة كما سمعت
بناء على قوله اخيرا نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه الى آخره فيه ذلك بما اذا لم يقصد
الضمان عن احد من كان ولا اشكال فيه انه لو اراد الضمان عن شخص بخصوصه وجب ان يكون مميزا عنده
ليقصد الضامن عنه بخصوصه وانما الكلام في اشتراط قصد الخصوصية في عقد الضمان والاكتفاء بدين اي
مضمون عنه كان وقد عرفت ما ذكره في التذكرة من عدم اعتبار المميز والاكتفاء بما الضمان عن
اي شخص كان كما هو ظاهر الفاضل الشارح في المسالك والروضة نظرا الى ان المعتبر في الضمان
قصده لا بقصد الخصوصية الشخصية المضمون عنه للاصل والاطلاقات وانتفاء ما يدل على اعتبار
تشخيصه لتخصيص المضمون عنه وتوجه القصد اليه بخصوصه ولا يقدح الترديد في القصد بعد ان يكون
مميزا في نفس الامر خلافا لما سمعته عن المحقق في الشرائع من اعتبار امتياز المضمون عنه عند الضامن
فيتعين تميزه بما يصح معه القصد الى الضمان عنه ولما عليه المعتبر هنا من اعتبار تمييز كل من المضمون
له والمضمون عنه بما يصح معه القصد اليهما لا اشتراط تشخيصها عند الضامن وقد عرفت انه لا دليل عليه
بل اطلاقات الادلة والروايات الواردة في الضمان عن الميت وعن محمد بن اسامة وعبد الله بن
الحسن فاضبته بخلافه ومن الغريب ما وقع لبعض افاضل العصر في شرح الشرائع من حمل التمييز الذي
في كلام المحقق على ما يقابل الترديد والابهام في نفس الامر وقال ان اعتباره مما لا اشكال فيه
ولا خلاف وجعل الضمان للغير واقعا وان كان مجهولا عند الضامن صحيحا مشتملا على
ما اعتبره المحقق من التمييز وصرف عبارة التذكرة الى موافقة المحقق في الشرائع وانتخرب

من الفاضل الشارح حيث جعل ما في التذكرة مخالفاً لما في الشرائع ولا يخفى ما فيه بعد ملاحظة
ما حررناه وحكيناه مضافاً الى ملاحظة انه لو كان الابهام المعتبر في كلام المحقق احترازاً عن المبهم
مطلقاً كالضمان عند احد الغريمين او غريم ما لما حسن اسناده الكرمة الى تعليله بتوقف صحة القصد
الى الضمان عنه على تميزه فان الضمان عن المبهم واقعاً مما لا يعد ضماناً اذ لا مضمون عنه ولا مضمون له
ولا يحسن اسناده الكرمة لا تعليله بتوقف صحة القصد عليه ولما حسن تفصيله الابهام بكونه عنه
الضامن فان المبهم لا وجود له ولا اثباتاً عند احد اصلاً ولما حسن الاقتصار في اعتبار التميز
على المضمون عنه فان الابهام في المضمون له موجب للبطلان من غير اشكال كما لا يقدح جهالة
المضمون عنه والمضمون في الضمان كذا لا يقدح جهالة الحق عند الضامن على المشهور بل في الغنية
الاجماع عليه وعن كشف الرموز نسبته الى رواية الاصحاب وان العمل به عمل بقول القم ع ؟ حذا
ما اشتهر بين اصحابك وقيل الحجة مضافاً الى الاصل واطلاقات الضمان وقوله ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم وما ورد من ضمان عبد الله بن الحسن وابن اسامة المقطوع المضمون او
بجهالة ين حين العقد وما ورد في جواز ضمان العهدة وما ورد من ضمان النبي ص دين الاموات
وان امكن المناقشة في بعض ما ذكر الا انه مؤكد لما اشرنا اليه من العمومات والاطلاقات السالمة
عن المعارض فما حكي عن الشيخ والقاضي وابن ادريس من منع ضمان المجهول مما لا دليل سوى مراعاة
دفع الغرر والضرر اللاحق للضمان مع الجهالة من حيث امكان كثرته وعدم تمكن الضامن
من ادائه وغير المنع من تحقق الغرر في غير المعاوضات مع انه يمكن العلم بالتمكن من ادائه
ومن جهالة الرابعة وموضع الخلاف على ما قيل جهالة الحق حين الضمان اذا امكن استعلامه
بعده اما لو لم يمكن الاستعلام ففي التذكرة والمسالك ان الضمان لا يصح قولاً واحداً كما لو قال
ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان وعلله في المسالك بصدق الشيء على القليل والكثير
ولحتماله ادنى ما يتناوله الشيء كالاقرار وبدفع بانه ليس هو المضمون وان كان بعض افراده
ومقتضى التمثيل والتعليل ان الممنوع منه ضمان المبهم المردد بين القليل والكثير وهو مما لا اشكال

وبطلانه

في بطلانه او لا حقيقة للضمان بعد انتفاء الحق المضمون وعدم وجوده في نفس الامر لكن لا يحسن تفريعه
على عدم امكان الاستعلام الا ان يكون من صدق السالبة بانتفاء الموضوع بل ينبغي تفريع ما اذا ضمن
ما في ذمته من ابهم حق لا طريق الى استعلامه ببينة او غيرها الا ان الحكم ببطلان ضمان مثله مع اندراجه
في اطلاقات الضمان وامكان تحصيل فراغ الذمة منه ولو بالصلح او الاقتصار على المتيقن ويبقى الزائد
بالاصل او الاحتياط بالاكثر على نحو ما لو امكنه الاستعلام حين الضمان فتعذر بعد ذلك مما لا يخلو عن
اشكال انه لم يتحقق ما ادعي من الاجماع وكيفما كان فيصح ضمان ما في ذمته مع جهالة على ما
لحقناه مطلقاً جهل مقداره حاضراً او جنسه ونوعه ابقية ويلزمه ما تقوم به البينة قطعاً سواء
كانت الخصومة مع الضامن او المضمون عنه وانما يقبل خصومة المضمون عنه مع المضمون له حيث يكون الضمان
باذنه اما لو كان تبرعاً فلا فائدة له بالكلية ولا اقراره لانتقال الحق عن ذمته وعدم الرجوع
عليه بشيء ولو ادى المضمون له بعد الضمان بدرهم لم يلزم الضامن لانه اقرار في حق الغير ويلزم
ما اقر به قبل الضمان ولعل مراد ابي الصلاح المحكي عنه الحكم بلزوم الضامن ما اقر به المضمون عنه
ولا طلاق عبارته وامكان حملها على ما ذكر كان ما في الغنية من لزوم الضامن ما يثبت بالبينة
او الاقرار يمكن الحمل على ارادة اقرار الضامن او المضمون عنه قبل الضمان ويلزمه ما يثبت باليمين
المردودة ان كانت مع الخصومة وان كانت مع المضمون عنه ففي لزومه للضامن مطلقاً وعدم لزومه
كذلك او التفصيل باللزوم ان كان الرد برضا الضامن والا فلا وجوه اظهرها الاخير ان
دل المتبرع ضا على التوكيل في الخصومة او اسقاط الدعوى وفي الجواهر ان التحقيق ان يقول ان جعلنا
يمين المدعي كالبينة كان له الرجوع على الضامن سواء رضي بيمينه او لا وان جعلناها كالاقرار
واعتبر الى رضا الضامن وفي هذا الباب اشكال لاحتمال انها كالبينة في حق المتحالفين لا
غلا يترتب عليها ما ذكر ولابد من ايجاب وقبول فالايجاب ضمنت وتكفلت
تقبلت ولو قال مالك عندي او علي او ما عليه علي فليس بصريح فيقبل المستحق وقيل يكفي
رضاه فلا يشترط فورية القبول الظاهر انه لا خلاف في عقد الضمان من العقود اللازمة

مع ان المشكوك في عقديته عقد لا ايقاع والمشكوك في جزئيته مندرج لعود الشك الى المحقق الماهية
بل وان ما الاصل عدمها ومقتضى عقديته اعتبار الايجاب والقبول فيه بل اعتبار ما يعتبر في
العقود اللازمة من اللفظ والعربية والصراحة والاقتران بالقبول الا مع التعذر لخرس او غيره
فيكفي الاشارة والكتابة المنضمة اليها من الاخرس وفي الاكتفاء بالكتابة وحدها وجهان اوجهها
العدم لاحتمال العبثية وتجربة القلم وحكاية الخط ونحو ذلك ولو تعذر النطق لغير خرس كان
التوكيل اولى فالاخرس لكن المستفاد من الاصحاب في عقود الضمان عدم التزام ما التزموه في
غيرها من العقود اللازمة من فعلية الصيغة وماضويتها والاكتفاء بالجملة الاسمية وبما اشتق
من المصدر او من الامر منه ونحو ذلك من المسامحات التي لا تعهد في غيرها فالاصح جواز بعضه مثل
ضمنت او تكفلت بالمال او تقبلت به او تحملت او تولكته والتزمته وانا بهذا المال ضامن او
كفيل او ضامن او زعيم او حميل وغير ذلك مما هو صريح في انشاء الضمان والتعهد بالمال واما نحو
التي في نحو ما اشار اليه المص من قوله مالك عندي او عليه علي او ما عليه علي الدعوى عدم الصراحة
في الضمان لجواز ارادة ان للغريم تحت يده مال وانه قادر على تخليصه او ان عليه السعي او المساعدة
والقول انه لو قال علي دينك او ضمانه او دين مثل في ذمتي كان ضماناً لصراحته فيه وكان للموجب
للضمان تعدد فيما عدا عقود الضمان عدم الصراحة في غير ما تقدم واعلمه من الصيغ وتحقق
الصراحة في عقود الضمان بما سمعته من الصيغ وتطارحها او انصراف العقود التي يجب الوفاء بها
الى المتعارف منها العقود عرفاً والمتعارف في عقود الضمان اوسع واكثر من المتعارف في غيرها
او ان العقود من الجائزات فالازم الاقتصار على ما فهم الفقهاء منها الا انه لا يرجح جمع في تمييز
ما اشتبه من الموضوعات بدليل الروايات هذا في طرف الايجاب واما القبول فلم يتعرض له اكثر
الاصحاب بل اختلفوا في اشتراط رضى المضمون له وعدمه فلو كان القبول مسلماً بينهم
لم يتجه الخلاف في الرضا لو لا لزوم القبول على ما هو ادنى منه قطعاً ولذا استشكل في التذكرة
وفي الاشتراط وقال في القواعد وفي اشتراط قبوله احتمال ابلغ من الايضاح وجمع البرهان وان

الجزم

الجزم بعدم اشتراط واقرار العبرة انما هو الرضا خاصة ولعل الاقرب اما اشتراط الرضا فلا صالة
عدم تكلم نقله وانتقاله من ذمته الى ذمة بدله فعدو لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يصح
بدون رضا صاحبه وللاجماع المنقول في الغنية على اعتباره المؤيد بالشهرة التامة عليه للرحم
الضرر وترتب الفساد على الصحيح من الضمان ولو بعد بدون الرضا لاختلاف المقاصد وتفاوت
الغرماء في الوفاء والقضاء ولصحيح ابن سنان ع في رجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء
فقال اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت وبعضده المروي عن الفقه الرضوي
وعن علي بن الحسين عليهما السلام في ضمان دين عبد الله بن الحسن فان الشيخ في الخلاف
مما يوهم الخلاف مما لا يشبهه طرق ضعفه وان تبعه بعض من تأخر لما روي في ضمان علي ع
دين الميت الذي امتنع النبي ص من الصلاة عليه حتى ضمنه علي ع وما ورد في موثق
اسحق عن الصادق ع في الرجل يكون عليه دين فيحضره الموت فيقول وليه علي دينك قال يبرئه ذلك
وان لم يوفه ذلك وليه وفي خبر الحسن عن ابي الحسن ع في رجل مات وله دين وخلف
ولداً رجالاً ونساء وصبياناً فجاء رجل منهم فقال ابي في حل مما لا خوتي واخواتي
وانا ضامن لرضاهم عنك فقال قال يكون في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعلمهم قال
ذلك في عنقه قلت فان رجع الورثة على هذا فقالوا اعطنا قال لهم ذلك في الحكم الظاهر
فاما بينك وبين الله فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي احلك يضمن رضاهم
وما ورد في صحيح الحسن من جواز اقتراض الوديعة اذا كان عنده وفاء او يضمنها عنه
ضامن وان لم يكن عنده وفاء وضعف الجميع ظ لورود الاخير في ضمان الاعيان دون
صحته مما اشتغل وما ورد وورود ما قبله في ضمان الرضا وهو غير ضمان المال مع
ان البراءة برخلاف الاجماع واما موثق اسحق فظاهر لابن النفيد بالرضا في الوفاء
من ضمان علي ع دين الميت اشعار وبعدم اعتباره لظهور الحال في عدم معرفة المضمون له وعدم
حضوره الا انه لا ينهض في معارضة ما عرفت لضعف السند والدلالة اذ من الجائز بحصول

الرضا بعد ان يقضي منه صريحا وغوي مبناه على الاكتفاء بهما او الاكتفاء برضا النبي صلعم لكونه اولى بالمؤمنين من انفسهم مع انه لا دلالة فيه على براءة ذمة الميت بمجرد الضمان وصلوة النبي صلعم بعد ان ضمن علي عم لا تدل على ان المانع مجرد الشغل بل الشغل الذي لا يمكن صاحبه من الفراغ منه بوجود تركة او ضامن اذ من المستبعد الامتناع عمن في ذمته درهم مع وجود ما يفي به من التركة اضعافا فاضعافا عند وجهه فيه نفع المانع بخصوصه متكفل ذلك وان لم يبرأ ذمته الا بعد الدفع الى الغريم او رضاه بالضمان وعدم اشتراط القبول اللفظي المتصل بالايجاب فلان الاصل عدمه مع دليل صريح عنه سوى دعوى الاجماع على انه عقد وان العقد عبارة عن الايجاب والقبول وضعفه انه لا اشكال في تسميته عقدا لكن دعوى ان كل عقد لا بد ان يكون مشتملا على الايجاب والقبول اللفظيين المتصلين بحيث يجب عدم المتصلين في حيز المنع لما مر وبان من الاكتفاء بالقبول الفعلي في كثير من العقود الجائزة مع عدم خروجها عن مسمى العقد بمجرد ذلك بل ذهب بعضهم الى ان المعاطاة عقد بيع مع عدم اشتمالها على لفظ اصلا فالظ ان المراد من العقد ما توقف على رضا الطرفين في مقابلة الايقاع والابراء الاحتياج الى الايجاب والقبول اللفظيين في اغلب العقود اللازمة انما هو لا قتضاء الدليل له من اجماع واقتضاء لا فيما خالف الاصل على المتيقن اذ لا اجد في العمومات والاجماع في الضمان على اعتبار القبول المذكور بل العل الاجماع والنصوص بخلافه لخلو الفتاوى والاخبار عن اعتباره بل قد عرفت اختلافهم في اشتراط الرضا وعدمه ولا يمكن اعتبار القبول على القول بعدم اعتبار الرضا والظ المعتبر من الرضا انما هو الاكتفاء به مطلقا تقدم على العقد او تأخر اتصل او انفصل بلفظ كان او بغيره وهو عين القبول المدعى ولا موجب هنا للاقتصار على المتيقن من اشتراط القبول لفظا بالايجاب بعد التزام الاصحاب به وشمول عمومات لكل ضمان يتعقبه الرضا في عدم اعتبار ما ذكر من القبول جزما وتسميته عقدا عرفا واضح لامكان المسامحة في قبوله كالمسامحة في ايجابه التي حكم عرفت الاكتفاء به بما فيه وكلما افاد التعهد والالتزام من الافعال والجمل الاسمية فكما لا يجري مجرى سائر العقود في طرف الايجاب كذا في طرف

القبول فيمكن تحققه بمجرد الرضا من غير لفظ او باللفظ منفصلا عن الايجاب اذا فهم الرضا بما وقع من الايجاب ومع ذلك فالاحتياط بمراعاة الاتصال بينهما لا يترك ولا عبرة بالغريم اي لا عبرة برضا الغريم وهو المضمون عنه للاجماع بقسميه لجواز وفاء الدين من الغير بغير اذنه فالتزامه في الذمة اولى وللاجماع على جواز الضمان عن الميت وورود النص به ولا يتصور رضاه ولا يرجع عليه مع عدم اذنه اي لا يرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه واغرمه لو ضمنه عنه من غير اذن له بعد الضمان بالتادية فادى او لم يأذن بلا خلاف بين اصحابنا وانما نسب الخلاف الى بعض اهل الخلاف للاصل السالم من المعارض وللاجماع بقسميه في صورة التبرع بل الضمان والاداء بل وكذا في صورة التبرع بالضمان والاذن بالتادية في التذكرة نسبه عدم الرجوع فيها الى علمائنا واحتمال ان الاذن بالتادية مطلقا في قوة تصريحه بالرجوع عليه على ما هو ولالة الاذن بالضمان على ذلك في غاية الوهن لعدم دلالة الامر بالتادية الا على ان من بعض ما وجب عليه بالضمان الا ان الدين قد لزمه بالضمان فامره بوفائه كامره بوفاء دين نفسه فلا يستحق الرجوع عليه حتى لو صرح بالرجوع عليه لم يستحق عليه الرجوع على الاظهر لان الاذن بالاداء بعد اللزوم في الضمان في حكم اللغو فيلغى ما تضمنه من اشتراط الرجوع ولان الاداء واجب بالضمان من غير عوض والمستحق بلا عوض لا يقابل بالعوض كسائر الحقوق الواجبة من زكوة او خمس او دين لازم له من غير ضمان فان امره من وجب ذلك عليه بتادية لا يستلزم الرجوع على الامر ولو صرح له بذلك بل غايته ان يكون وعدا لا يلزم الوفاء به فاجري به المتأخرين من استحقاق الرجوع لو قال اده وارجع به علي نظرا الى جواز تبرع المضمون عنه بالوفاء عن الضامن فاذا امر الضامن بالوفاء مصرحا له بالرجوع عليه فادى الضامن ممتثلا لامره كان كالاداء متبرعا عن المضمون عنه وان كان المؤدي هو الضامن عن نفسه فيكون كقوله لاجنبي اد عني عن الضامن المتبرع وارجع علي بعد ضعفه فان استحقاق الرجوع انما هو ان يكون للتوكيل المأمور واستنابته في تمليك مال المضمون ودفعه وفاء عن الضامن ولا دلالة في امره على

ذلك جزما او لصرف ماله المحترم في منفعة الامر مما امتثالا لاذنه وامره وهذا لا يتصور فيما كان صرفه متعينا عليه قبل الامر كما بينا فلا وجه لالحاق مثله بتبرع المضمون بالتادية وتنظيره بما لو امر اجنبيا بالتادية عن الضامن المتبرع والرجوع عليه فانه مع الفارق لخلو ذمة الاجنبي عن الدين وعدم لزوم صرف ماله في تاديته فلو ادى كان صرفا لمنفعة الامر وامتثالا لامره خاصة بخلاف الضامن نعم نظير المديون امره من غير جهة امر الضامن بالتادية والرجوع بما ادى والتزام استحقاق الرجوع في مثله مجازفة ولو اذن له رجع الضامن عليه بما قل من الامرين بما اداه ومن الحق لا خلاف بين اذن المديون بالضمان موجب لاستحقاق الضامن الرجوع عليه بالتادية مطلقا اذن بالتادية او لم يأذن امكنه مراجعة المضمون عنه واستيذانه او تعذر ولا اصالة الاحترام المال المدفوع لمنفعة الغير باذنه صريحا او بما هو في قوة التصريح فان الاذن بالضمان اذن بالتادية عرفا وعادة وللاجماع المدعى في كلام جماعة وللنصوص كالحسن عن ابي الحسن عم في قول الناس الضامن غارم قال ليس على الضامن غرم الغرم على من اكل المال وفيما اخرج عن الشيخ عم في رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه ونحوه غيره من الاخبار واطلاق ما دل على الماذون بالضمان الا انه مقيد بما دل على اشتراط الاذن فيه كما ينبغي تقييده مع الاذن بما اذا لم يشترط عدم الرجوع الا عليه بالتادية والا لم يستحق الرجوع عليه عملا بالشرط المقبل فصل الضمان عنه شرعا وكيفما كان فلا يستحق الماذون الرجوع على المضمون عنه قبل التادية او المطالبة بالحق وان طولب بلا خلاف في احدهما في الاول وعلى الاخر الا من العلامة في التحرير والقواعد فحكم بان للضامن مطالبة الاصيل اذا طولب كما ان له ان يعود اذا غرم وان استشكل فيه في القواعد بل عن الفخر تقويه مطالبته وان لم يطالب ولا شبهة في ضعفه فان جواز الرجوع والمطالبة فرع ثبوت حق للضامن في ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان ولا اعرف به قائلا من الاصحاب وانما نسبه في التذكرة الى احد وجهي الشافعية ونعم في الشرائع ما يوهم ذلك حيث قال لا ادى ما عنده مما اداه مثلا ما اذنه فلا ضمن المضمون عنه الى الضامن فقد قضى ما عليه

فانه موهم لاشتغال ذمته بمثل ما ضمن قبل التادية وليس كذلك بل المراد انه بعد فعل مثل الحق الذي المضمون الى الضامن لا يبقى مطالبا للضامن بعد التادية ولا للمضمون له لفراغ ذمته عن المضمون له بالضمان ومن الضامن بوصول مثل حقه اليه كما فهم ذلك في المسالك وان استشكل حيث يبقى ما بقبضه الضامن منه قبل التادية من غير شرط الاداء بناء على عدم ضمانه فانه يصح رجوع الضامن عليه بعد التادية لان ما قبضه منه قبلها امانة باقية على ملك المضمون عنه لا يجوز له التصرف فيها بل يرد ردها لو ابراء المضمون له من الدين ولعل بناء المحقق على ضمانها وجعلها كالمقبوض بالسوم كما هو صريح التذكرة على اشكال لعموم اليد ولا يخلو من قوة وعليه فيكون حكم المحقق بقضاء ما عليه من الدين صحيحا مطلقا وفي التذكرة فيما ضمن الدين المؤجل فمات الاصيل وحل عليه الدين قال انه لا يحل على الضامن وان له المطالبة بقدر الدين من التركة لكن لا يوضع في يده بل في يد امين لو وارث الى ان يحل الاجل ويحصل التادية معللا ذلك بان للميت عليه دين قطعا لم يبرأ ذمته منه باطل بل براءتها بالنسبة الى المضمون له لا تعم والدين على الميت يحل قطعا فللضامن في ذمة المضمون عنه قبل التادية لكن كلامه في مواضع كالصريح فيما عليه الاصحاب من عدم وجود حق في ذمة المضمون عنه قبل التادية وانما احدث الضمان سببا لوجود الحق بشرط التادية ولا تأثير للسبب قبل حصول الشرط وهو ظ الاخبار والناصة على الرجوع بما اداه او ادى فلا بد من تنزيل العبارة المذكورة على جواز المطالبة بعزل شيء من التركة لوجود سبب الحق كما يعزل للحمل من الارث واحتمال وجود الحق في ذمة المضمون عنه منزل الا انه لا يستقر الا بالتادية او ان التادية كاشفة عن ثبوت الحق حين الضمان فلذا لا يجوز الرجوع عليه ولا مطالبته بعيد جدا ويتفرع على ذلك انه لو ابراه الضامن من الحق لم يبرأ ولو صالحه عن ضامن لم يصح على المختار لكونه ابراء ورضا بما لم يجب وسواء على القول الاخر ولو دفع المضمون عنه قدر الحق كان امانة على المختار كما بينا ويملكه الضامن على القول الاخر اما لو دفع المضمون عنه قدر الحق كالة الى الضامن ليوفيها الدين من الدين بالضمان فدفعه الضامن الى المضمون له وقع عن الضامن

كان متبرعاً بالوفاء ولا رجوع لاحدهما على الآخر كما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له وفاء عن الضامن
من غير اذنه ولو اذن الضامن بدفعه وفاء عنه استحق كل منهما الرجوع على صاحبه وحصل التهاتر
بينهما قهراً وانما استشكله بعض افاضل العصر مدعياً ان اداء دين الضامن المأذون بمال
المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله اذ ليس هو بذلك الا ضامن عليه
مع علم فضله وعلى الوقف وفاء الدين على كونه ملكاً للمديون كما انه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه
لعدم حصول الاداء منه فلا تهاتر وهو غريب فان المضمون عنه لم يتبرع بالوفاء عن الضامن بل
باذنه وذلك موجب لاشتغال ذمة الضامن قطعاً كالاجنبي كما انه يستحق الرجوع على المضمون عنه
لحصول الوفاء بما هو مضمون عليه وفي حكم ماله كما لو اذن الاجنبي بالوفاء عنه ومع تقابل الحقين
ويقع التقاص بينهما قهراً كما هو واضح اذا تقرر هذا فالمدار على في رجوع الضامن المأذون على
صدق اداء الدين المضمون وهو يتحقق بدفع المال او باحالة المضمون له على شخص او احالة الشخص عليه
وباستحقاق الضامن الضمان مما ضمنه ارثاً او زكوة او خمساً او نحو ذلك وبالصلح على ما ضمنه بعوض
لا بتحقق التادية بضمان ضامن آخر عنه وان كان باذنه حتى يؤدي الضامن الاول وما اداه ابرائه
من الثاني فلو ابراء المضمون له الضامن الثاني برئ الجميع وكذا ابراء الاصيل والضامن الاول برئ منهم
احد ولو ابرأ الضامن الثاني الضامن الاول مما اداه لم يستحق الاول الرجوع على الاصيل والفرق بين
الحوالة والضمان في صدق التادية بالاولى دون الثانية ظاهر فان الضمان نقل نفس الدين من ذمة
الى ذمة فلم يحصل الوفاء عنه بشيء بخلاف الحوالة فانها وفاء بماله او بمال غيره باذنه ولا يرجع الضامن
المأذون الا بما اداه جنساً وقدراً ووصفاً ما لم يزد قدر الدين فلا يرجع بالزيادة لكونه متبرعاً
عنه ولو رضي المضمون له باقل من الدين صلحاً كان او ابراءً لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه من
حلاف قضاء وفتوى وضابطه ما به اشتغل عليه من رجوعه باقل الامرين مما اداه ومن الحق فلو صالح
عن الدين ببعض جنسه او دفعه وفاء وحصل صاحب الدين لوحظ قيمة المدفوع والمصالح عليه ورجع
باقل الامرين من الدين وقيمته الا ان يكون المصالح عليه مثلاً فيتبين له في حق المسلم كالخمر حيث يضمن

ولم

ولو ابرأه

دين المسلم الذمي فينصالحان على خمر فان جواز الرجوع بقيمته عند مستحليه اشكالاً من ان الاذن بالرجوع
بما ادى ولا يملك المسلم من قيمة الخمر بل قد يحتمل عدم براءته من الدين بذلك كما لو دفع الخمر بنفسه ومن انه
مستحل
فقد ادى الذمي الدين بوجه الاستقلال الى الخمر ولا يمنعه لدى الاسلام فيتصالحون مراعاة قيمته عنده
ولو باع الضامن بمال الدين وان كان قيمة المبيع او المصالح عليه اقل من الدين وكذا الوصي ما لو تبرع
التأدية من عين قيمتها مائة على بحقيق بنفوذ واعتبار انها الا بتبعيض فرضي المضمون له ببيعها باثني
واحد بتسعين وفاء عن تمام المائة فانه لا يبعد الرجوع على المضمون عنه بتمام الدين وهو المائة لان
عوض وفاء الدين ما قيمته مائة بادائه فاستحق الرجوع بما هو عوض ويحتمل الاقتصار على الرجوع
بتسعين لانها المؤداة الى المضمون له ولا اشكال في الرجوع بالجميع لو دفع الجميع ثم وهبه للضامن
كلاً او بعضاً ويشترط فيه الملائة او علم المستحق باعساره ايضاً مشروط في لزوم الضمان بلا
الضامن من على حين الضمان او علم المضمون له باعساره فلو لم يعلم به ثم علم كان للمستحق فسخ الضمان
والرجوع على المضمون عنه وهذا الحكم مما قطع به الاصحاب وارسلوه ارسال المسلمات ولم نجد فيه خلافاً
بل في ظاهر كثير من العبارات دعوى الاجماع لقاعدة الضرر المؤيدة هنا بعمل الاصحاب وبلا
حظر
منزعية الضمان للارفاق ولا ارفاق بالمضمون له مع اعساره وبما ورد في ذيل موثق الحسن ابن جهم
لما
سأل عن الصيرفي خلل اسمه فقال نعم اذا كان لها ما يقطعه وفي ضعيره واستعاد منادا على رضى المضمون
في الصحيح بذلك اذ لا رضى له لو كان عالماً ما بالاعساد وبما ما الوجه ان ما ورد في قضية عبد الله
بن الحسن ويحبس لغرمائه بين ضمان علي بن الحسين ثم وعبد الله بن جعفر وقالوا اما عبد الله
فمطول واما علي بن الحسين ثم لا مال له صدوق وهو احبهما الينا ولا دلالة فيه الا على
جواز ضمان المعسر مع العلم باعساره وعرفاً الالزام فيه كما لا الزام في عدم العلم بالاعسار من مانع
الوفاء بالاعسار في ثبوت الخيار ولا في عدم ثبوت الخيار بتجدد الاعسار بعد الضمان ولو علم
باعساره حتى زال ما يساره في ثبوت الخيار وجهان اقربهما عدم الثبوت ويجوز الضمان
حالاً ومؤجلاً عن حال ومؤجل كما يجوز الضمان مؤجلاً بالاجماع والنصوص فكذا يجوز حالاً

النهاية
على المشهور بين الاصحاب من غير فرق بين كون الدين حالاً او مؤجلاً خلافاً للمحكي عن الشيخين في المقنعة و
وابن حمزة وابن البراج وابن زهرة فمنعوا من الضمان الحال مطلقاً واشترطوا التأجيل في صحة الضمان
على نحو ما اعتبروه في الكفالة مصرحاً في النهاية بانه لا يصح ضمان نفس الا باجل معلوم وادعى في الغنية
عليه الاجماع وعلل المنع بان الضمان ارفاق ولا ارفاق بالحلول والاجماع في حيز المنع بل ظاهر المحكي
عن السرائر دعوى الاجماع على الجواز حتى حاول ارجاع كلام الشيخين واتباعهم اليه وان كان نافياً
وانما التعليل فعليل في نفسه عن صالح لمعارضة العمومات والاطلاقات نعم في المحكي عن الشيخ في ط
المنع من الضمان الحال عن الدين المؤجل خاصة لا لعلة الارفاق وان كانت جارية فيه ايضاً اقوى
فسادها وان فائدة الارفاق غير مخصوصة بالتأجيل لامكان تحصيلها بسهولة الاقتضاء من الضامن
بل لان الضامن فرع الاصيل فلا يستحق حالاً لكان الفرع اقوى من الاصل لان الضمان نقل المال الى
ما هو عليه وتبعه في ذلك فخر المحققين والمحقق والمحقق الثاني في جامع المقاصد استناداً
الى ان الحلول امر زائد على الدين واجب على المضمون عنه وهو مما يقابل الاعراض والاثمان فضمانه
على
ضمان ما لم يجب وضعفه الجميع ثم فان الحلول انما يلزم لاشتراطه على الضامن ولو فرض اشتراطه
المضمون عنه في عقد لازم لكان لازماً ايضاً فلم يكن في الفرع مزية على الاصل واما الضمان فهو نقل
المال ولا مدخلية للصفات الخارجة على الماهية في اصل الضمان بل هي من التوابع والحقوق التابعة
للاشتراط وجوداً وعدماً وبه يعرف ضعف التعليل بكونه ضمان ما لم يجب فان متعلق الضمان انما
هو المال وهو واجب في ذمة المضمون عنه واما الحلول والتأجيل فالتزام بهما بالشرط لا بالتحمل
المضمون عنه فلا يندرج مثله في قاعدة الضمان ما لم يجب ولا حاجة في رده الى دعوى ثبوت الوجوب
في الدين المؤجل موسعاً فضمانه حالاً ضماناً لما وجب كله اذ المراد من الوجوب في القاعدة المتنادرة
معنى الثبوت في الذمة لا التكليف بالتأدية موسعاً او مضيقاً فاتضح بما ذكرناه جواز الضمان بجميع صوره
المحتملة بالنظر الى الحلول والتأجيل وهي اثنى عشر ضمان الدين الحال حالاً او مؤجلاً وضمان المؤجل
حالاً او مؤجلاً باجل مساوي لاجل الدين او ازيد او انقص وعلى كل تقدير فالضمان اما تبرعي

اوباذن

الضمان
او باذن وان الخلاف وقع في موضعين احدهما في اصل جواز خلو الضمان عن التأجيل وثانيهما في جواز الضمان
حالاً عن المؤجل خاصة وعليه فجواز ضمان الحال حالاً مما لا خلاف فيه الا من الشيخ واتباعه وضمانه
مؤجلاً مجمع عليه فيما بينهم كما ادعى عليه الاجماع مستفيضاً وان حكي في التذكرة عن احد وجهي الشافعية
منعه معللاً بان الملتزم مخالف لما عليه الاصل الا انه لا التفات اليه لوضوح ضعفه واما ضمان المؤجل
حالاً فقد عرفت الخلاف فيه ومقتضى اطلاقات المخالفين فيه وتعليلاتهم عدم الفرق بين التبرع و
الضمان
ما اذن نعم التعليل بالارفاق الواقع في الخلاف الاول قد يقتضي باختصاص المنع بالضمان المأذون حيث
لا رجوع مع التبرع فلا منافاة فيه للارفاق لكن الظاهر هو المنع مطلقاً وذكرهم التعليل المذكور لاثبات
الحكم باشتراط التأجيل مطلقاً ولو بواسطة عدم القول بالفرق واما ضمان المؤجل مؤجلاً باجل مساو لاجل
الدين فلا اشكال في جوازه ولا خلاف فيه بل عن ايضاح النافع الاجماع عليه وانما التأمل في الازيد
جوازه
والانقص من حيث اطلاقهم صحة الضمان المؤجل بل عن فخر الاسلام دعوى الاجماع عليه على
بالاجل المساوي ومن حيث قضاء التعليل بالارفاق في كلام الشيخ واتباعه بالمنع من المساوي وقضاء
التعليل المتنادر في كلام المانعين من ضمان المؤجل حالاً بالمنع من الاجل الانقص الا ان فيه
الخلاف اليهم مجرد قضاء التعليل به لان مجاوزة لكن ذكر العلامة في التذكرة انه لو ضمن المؤجل الى
مؤجلاً الى شهرين كما لو ضمن المؤجل حالاً فعلى قولنا يصح ويكون لصاحب المال مطالبة الضامن
بالمال بعد شهر ولم يطالب المضمون عنه الا بعد ومقتضاه الحاق الاجل الانقص بالضمان الحال
عن المؤجل حالاً فعلى قولنا يصح وهو متجه لانطباق جميع الادلة عليه نفياً واثباتاً فلا وجه
للتفرقة بينهما اما الضمان بالاجل المساوي فلم يثبت الخلاف فيه بالضمان الحال من الدين الحال
ولكون المعتبر في كلام الشيخين واتباعهما مجرد اعتبار ذكر الاجل وعدم خلو العقد عنه فلا اثبات
سوى اعتبار الحلول الخاص وعلل التعليل بالارفاق اضعف مما لا اثبات فيه وقد سمعت عن فخر الاسلام
الاجماع عليه على جوازه فلا يبعد الجواز ولو قلنا بالمنع من الضمان الحال على تقدير وقوع
الخلاف فيه فجرت في كلمات الاصحاب كما عرفت والتأمل في الحاق جزئه ما حدث في الحال

لا يقتضي لتشبث الاضطراب البهم في تحرير محل النزاع كما يظهر من المسالك اذا عرفت هذا فلا اشكال في
في رجوع الضامن بإذنه على المضمون عنه بعد التأدية ان ضمن الحال حالا او ضمن المؤجل مؤجلا بالمساوي
او الاذن بها فادى عند حلول الاجل ولو تبرع بالاداء قبل حلول المساوي لم يستحق الرجوع الا
بعد حلوله ولو ادى بعد حلول الاجل الاصل وقبل حلول اجل نفسه فهو كما لو ضمن الدين الحال
مؤجلا فادى قبل حلول الاجل فان فيه وجهين مبنيان على ان اشتراط التأجيل حق للضامن
خاصة اوله وللاصل ايضا فعلى الاول الاسقاط وللمطالبة بعد حصول التأدية وعلى الثاني لا
رجوع الا بعد التأدية وحلول الاجل المذكور ولعل الاول اظهر ان لم يكن الاذن من المضمون عنه
مقيدة بطلب التأجيل ولو ضمن المؤجل حالا فادى فاما ان يصرح له بارادة الضمان مؤجلا او
بارادته حالا او يطلق له الاذن بالضمان وعلى فرض الاطلاق فاما ان يكون يعلم الضامن بمحل
الدين او لا يعلم فان صرح بارادة التأجيل كان في ضمانه حالا امتثالا بالحلول غير مستحق للرجوع
عليه اصلا الا بعد الحلول ويحتمل عدم رجوعه اصلا لتبرعه بالضمان على هذا الوجه اما لو لم يكن
الدين اجل فاذن بالضمان فضمنه حالا لم يستحق الرجوع عليه اصلا في الحال الا بعد حلول
ولا بعد الاجل العدم مخففه وضبطه وان صرح بضمانه حالا فالمتجه جواز الرجوع عليه بمجرد الضمان
والتأدية وكذا لو اطلق الاذن والا لا يستحق الرجوع عليه بمجرد الضمان
والتأدية ولا قائل به لما قيل من ان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق
الاذن ولكونه اعادة للدعوى بل لان المقتضي لنفسه من المضمون عنه وهو تأدية الضامن من الماذون
فيها ولو بواسطة الاذن بالضمان لكان ادى وهي مستحقه بالفرض فيستحق الرجوع بمجرد التأدية
خلافا للفاضل الشارح في المسالك حيث منع من الرجوع الا بعد حلول اجل الدين معللا بان
الاذن حالا انما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن ولا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه بان
الدلالات وهو كما ترى فان الاذن بالضمان حالا لم يقتض حلول ما في ذمة الضامن فانما
اقتضاه بمجرد الضمان حالا ولو لم يكن باذن وعدم دلالة الاذن المذكورة على حلول ما في ذمة

في الحال الا لكونه الضمان مقتضيا لحكم التأدية كما قيل

المضمون

المضمون لا يستلزم عدم الرجوع عليه بالتأدية الماذون فيها صريحا او بواسطة الضمان وقد عرفت ان المقتضي
للرجوع هو مجرد التأدية المذكورة ولا حلول لما في ذمة الضامن وكذا لو ضمن المؤجل حالا وادى
عن الضمان كما كان للماذون الرجوع عليه بالتأدية وان لم يحل ما في ذمة المديون وان اطلق الاذن
فيما فان قلنا بعدم الرجوع مع التصريح بارادة الضمان حالا فلا اشكال في عدم الرجوع
مع الاطلاق وان قلنا بالرجوع مع التصريح ففي رجوعه مع الاطلاق لكونه كالتصريح في التخيير
بين الحلول والتأجيل وعدمه لانصراف الاطلاق الى ارادة ضمان الدين على ما هو به وجهان
اظهرهما الثاني والمال المضمون ما جاز اخذ الرهن عليه فلا صرح في الدروس بهذا الضابط
ايضا في باب الرهن ونحوه في التذكرة لكنه قال في التذكرة في هذا الباب يشترط في المضمون ان يكون
مالا فلا يصح ضمان ما ليس بمال والضابطان يكون ما يصح تملكه وبيعه فقد يتوهم منه خروج
ما كان من المنافع والاعمال الكلية المضمونة في الذمة لعدم صحتها ملكا لعدم صدق المالية عليها
وليس كذلك لكونها مالا تقابل بالاعواض جزما والتقييد بصحة التملك والبيع قد احترز به الا
عما لا يملك من المحرمات والهبات كما صرح في عبارته بالاحتراز عنها وليس الغرض التخصيص بالاعيان
اذ لا مانع من تعلق الضمان بكل حق متعلق بالذمة عينا كان او منفعة ما لم يكن من الحقوق المتعلقة
الا الهية فلا يثبت فيها الضمان فلو اجره على تحصيل عمل من الاعمال بنفسه او بغيره جاز ضمانه
فينتقل الحق الى ذمة الضامن كما يجوز اخذ الرهن عليه لامكان الاستيفاء منه نعم لو كان العمل
متعلقا بعين مخصوصة كمنفعة الاجير المعين او الدابة المعينة لم يصح ضمانه كما لا يصح اخذ الرهن عليه
لتعذر استيفاء ذلك من الضامن ومن الرهن وبقي الكلام في صحة ما ذكره المصنف في ضبط الحق المضمون
بكل ما جاز اخذ الرهن عليه فانا لم نقف على مصرح بتلبسه بهذا الضابط غير الفاضل في التذكرة
ولا على دليل يقتضي التلازم بين الحقين نفيا واثباتا نص او اجماع بسيط او مركب والاستقراء
للموارد والجزئيات لا يكشف عن ثبوت الكلية من الجانبين لما عرفت في باب الرهن من ان
الاصح جواز اخذه على الاعيان المضمونة كما هو خيرة العلامة والمصنف والفاضل الشارح

وغيرهم لعموم ادلة الرهن والاستيثاق المتناولة لكل من الدين والعين من غير موجب للتخصيص مع ان الضمان
فانه وان ذهب الفاضلان الى جوازه ايضا لكن الاصح عدم تعلقه بالاعيان عدا ما استثني من
ضمان العهدة لكونه من النواقل عندنا ولان من شرطه ثبوت المال في الذمة والاعيان المضمونة انما الواجب
بها ردها وهو ليس بمال في الذمة مع ان الفاضل لها مخاطب بردها اجماعا فلو خوطب ايضا
الضامن به برادته لنا ذمتين حتم ذمة الى ذمة وليس ذلك من مذهبنا في الضمان فلذا اختار فخر الاسلام
والمحقق الثاني والفاضل الشارح المنع من ضمانها مع تصريحهم في الجواز اخذ الرهن عليها كما تقدم
ولما قد عرفت ايضا في باب الرهن مع ان الاصح عدم جواز اخذ الرهن عليها على عهدة المبيع والثمن
وان قلنا بجواز اخذه على الاعيان المضمونة لتوقف الضرر على اخذه فيما لو وقع بمانة ورهن ما ليس
ما يقرب سيما الزعيم منه تمكن من فكه غالبا لعدم حصول الامر من ظهور المستحق مع ان ضمان العهدة متفق
على جوازه كما ستعلم ولما قد عرفت في الرهن ايضا من ان الاظهر عدم اعتبار سبق الحق على عقد الرهن وفي
الاكتفاء بالمقارن لعموم الرهن وانتفاء ما يدل على اعتبار تقديم الحق على تمام عقده واما الضمان
فالظاهر انه لا خلاف في اعتبار تقدم الحق على تمام عقده لعدم حصول النقل المعتبر فيه قبل وقوع
ذلك ولما في التذكرة في الرهن ايضا من حكمه بالمنع من الرهن على مال الكتابة وجواز ضمانه مستحق
ذلك من قاعدة كلما جاز ضمانه جاز رهنه معللا بان الرهن عليه مناف للارتفاق لانه اذا دفع
ما ليسا وي كتابته شرعا ان تعوض بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن وامضاء الكتابة ويشترط من تعطيل
منافع عليه بخلاف الضمان وان كان الاظهر جواز الرهن على مال الكتابة مطلقا مشروطة كانت الكتابة
او مطلقة بل قيل انه لا خلاف في المطلقة كما مر وما ذكره العلامة من الاعتبار مع انه غير صالح
للتقييد اطلاقات الرهن لا يجري فيما لو كان الرهن من اجنبي متبرعا او بغير متبرع كما لا يخفى وقد
صرح في الشرائع ببطلان الرهن على مال الجعالة قبل الرد والكمال العمل واختار جواز ضمانه
مطلقا على تردد كما اختاره كثير من الاصحاب وان قيده العلامة بما بعد الشروع في العمل استنادا
الى قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقولهم الزعيم غارم والاستدلال الخبر فجاز

ضمانه

ضمانه والى وجود سبب الوجوب فيه وانتهاء الامر فيه الى اللزوم وان كان الاظهر ابتناء المسألة في
المقامين على ثبوت الحق بمجرد العقد او به مع الشروع في العمل او علم ثبوته فيه حتى كان الاظهر عدم الثبوت
الا بعد اكمال العمل كما يأتي بعونه الله تحقيقه في محاله وجب الحكم ببطلان الرهن والضمان معا قبل
اكمال العمل لعدم ثبوت الحق المعتبر في صحة كل منهما وحصول سبب الوجوب مع انتفاء اثره لفقد شرطه
غير كاف في الصحة والتمسك بالآية والرواية بما لا يخفى ضعفه فاتضح بما ذكرناه ان ضبط الحق المضمون بما
جاز اخذ الرهن عليه غير كاشف عن حقيقته ولا موجب للرجوع في تشخيصه الى ما ثبت جواز الرهن
عليه لعدم الدليل وكذا العكس بل المرجع في كل منهما الى ما تقتضيه عموماته وادلته المخصوصة وحيث
ان الضمان عندنا من العقود الناقلة للمال من ذمة الى ذمة وجب ان يكون الحق المضمون كل مال ثابت
في الذمة فعلا مستقرا او غير مستقر لازما او غير لازم بحيث يمكن استيفاؤه من غير من عليه الحق فيخرج
ما ليس في الذمة من الاعيان المضمونة او غيرها وان استلزمت الذمة بردها ولا يقدح خروج ضمان
العهدة على بعض الوجوه لعدم اندراجه في الضمان المعهود وان الحق به لقيام الدليل عليه خاصة
كما مر ويخرج ما لم يكن في الذمة حال الضمان كضمان ما يستدينه لكونه ضمانا لما لم يجب وهو باطل
عندنا لما قاله بحقيقة الضمان المستند عنه لسبق ثبوت الحق على عقد الضمان وانما ينسب الخلاف
فيه الى بعض اهل الخلاف ودخل ما كان لازما مستقرا كالثمن بعد قبض المبيع والاجرة بعد استيفاء
العمل والمهر بعد الدخول وما كان غير مستقر كالثمن والاجرة والمهر قبل قبض المبيع وقبل
الاستيفاء وقبل الدخول وما كان غير لازم الا انه ال الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار وكمال الجعالة
بناء على استحقاقه بالعقد او بالشروع في العمل غير انه البر كمال الكتابة المشروطة او مطلقة بناء
على جواز ما من قبل العبد وان لم يفسخها بتعجيز نفسه متى شاء فان الاظهر جواز ضمانه فيكون كما
كان في ذمة المكاتب وكالتبرع بالتأدية خلافا للمحكي عن الشيخ في ظاهر من ضمانه لكونه غير لازم ولا
آيلا الى اللزوم فلو صح ضمانه لكان لازما في حق الضامن دون المضمون عنه فلزم من بين الفرع
على الاصل وهو كما ترى ويخرج ايضا ما لا يمكن استيفاؤه من غير من عليه الحق كمنفعة الاجير المعين

والاول المعتبر ولو ضمن للمشتري عهدة الثمن او درك ضمانه في كل موضع يبطل فيه البيع من راس كا
ستحقاق ما يقبضه البايع من الثمن معيناً كان او كلياً واتحقق في الذمة داخل في عهدة البايع
وضمانه بحيث لو ظهر بطلان البيع لزم البايع رده على المشتري عيناً مع وجوده ومثلاً او قيمة
مع التلف من غير خلاف ولا اشكال لو ضمن البد عليه من غير استحقاق ولا حاجة الى اشتراط ذلك
عليه بل عن بعض العلماء انه من الحماقة اشتراط في العبالات لكن قد تدعو الحاجة الى ضمان هذا
الضمان والتزام هذا الالتزام ويسمى عندهم بضمان العهدة وهي اما من العهد بمعنى الضمان او من
قولهم في الامر عهدة اي ضعف فكانه الضامن قد ضمن ما في العقد من الضعف والخلل او من العهدة
بمعنى الرجعة فكانه قد ضمن ما يلزم المشتري من الرجعة عليه بالثمن ويسمى ضمان المدرك وهو
اما بمعنى اللحاق فكانه قد ضمن ما يلحق البايع من لحوقه بالثمن او من ادراك نفس الثمن عند الاتباع
البر او بمعنى التبعة لما في مثاله من التبعة على المشتري من الرجوع على كل من الاصيل والضامن
اما الاصيل فلو ضع يده واما الضامن فلضمانه ولا خلاف بين العلماء في صحة هذا الضمان الا
ما ينسب الى الشافعي في احد قوليه من المنع لكونه ضماناً لما لم يجب ولعدم جواز اخذ الرهن عليه
فكذا الضمين ورده في التذكرة باطباق الناس عليه وابداعه الصكوك في جميع الاعصار بان
الحاجة تمس الى معاملة من لا يعرف من الغرباء ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر
به لو ظهر الاستحقاق فيحتاج الى التوثق ومنع من كونه ضمان ما لم يجب وانه اذا ظهر استحقاق الغير
تبين استحقاق الثمن على البايع وثبوته في ذمته وان لم نعلم الحال الاستحقاق عندنا وفرق بين
الضمين والرهن بان جواز الرهن يؤدي الى بقاء العين مرهونة ابداً قلت لولا ما ادعاه العلامة
من اطباق الناس على جواز هذا الضمان المؤيد بعدم العثور على مخالف فيه وبنقل عليه صريحاً
في مجمع البرهان وظاهراً في جامع المقاصد والمسالك ويما ذكر من مسيس الحاجة وخصائص
الضرورة لا اشكل الحال في جوازه لفقد النص ومخالفته لقاعدة الضمان كما اشرنا اليه سابقاً من
حيث انه لا اجير في ضمان الاعيان وعدم تحقق النقل فيه والانتقال بل مقتضاه اشتغال ذمة

الضامن

الضامن بالرد كذمة المضمون عنه وهو من ضم ذمة الى ذمة لكن يبقى الاشكال في موضعين احدهما ان
القدر المقطوع به من ضمان العهدة هو ضمان الثمن على البايع للمشتري بعد قبض البايع له فلا يدخل
فيه ضمانه كذلك قبل قبضه ولا ضمانه عن المشتري للبايع مطلقاً قبل قبضه او بعده لا ضمان المبيع عن المشتري للبايع
بعد قبض المشتري ولا ضمانه عن البايع للمشتري الا انه لا اشكال في بطلان ضمان الثمن عن البايع للمشتري
قبل قبضه لعدم دخوله تحت يده فيكون ضماناً لما لا يجب واما ضمانه عن المشتري للبايع فان كان ديناً
في الذمة صح مطلقاً قبل القبض وبعده ولم يكن من ضمان العهدة بل ضمان اصل موجب لانتقال الثمن
من ذمة المشتري الى ذمة الضامن سواء ضمنه مطلقاً او معلقاً على ظهور المدفوع الى البايع مستحقاً
لكونه ليس من التعليق المنافي للجزم وان كان معيناً لم يصح لبطلان البيع على فرض ظهوره مستحقاً فيه فلا
ضمان الا ان يكون المضمون ارشه فيصح لكونه كلياً في الذمة كالدين واما ضمان المبيع عن المشتري للبايع
وبالعكس فهو على نحو ضمان الثمن يصح فيما يصح ويبطل فيما يبطل وان قلنا من فرض له بالخصوص انكالاً
على ما ذكره في الثمن لاتحاد طريق المسألتين والقطع بانتفاء الفارق من البين ثانيهما انه
لا اشكال في صحة هذا الضمان لو كان حق الرجوع بالثمن ثابتاً في ذمة المضمون عنه حين الضمان
الآن يكون القدر المقطوع به ما اذا كان البيع باطلاً من حيث استحقاق المبيع للغير
كالمغصوب اذا لم يجز المالك البيع او اجازه ولم يجز قبض الثمن وكالمتعلق به حق الشفعة
ببيع سابق اذا اخذ الشفيع على الاظهر فلو كان باطلاً من غير جهة الاستحقاق بل لفقد شرط
او اقترانه بشرط فاسد فالمتجه ايضاً صحة الضمان فله مطالبة الضامن ما لم يعين الضامن جهة
الاستحقاق بان يقول ضمنت لك الثمن ان خرج المبيع مستحقاً فان عين لم يطالبه المشتري لو
ظهر بطلان البيع لجهة اخرى وكذا لو عين جهة اخرى لم يطالب بغيرها كما نبه عليه في التذكرة
وحكى بعض عن المخالفين عدم التزام الضامن لو ظهر بطلان البيع من غير جهة الاستحقاق
معتبراً ان جهة الاستحقاق هي المتبادرة الى الفهم من اطلاق ضمان العهدة وانه لا فائدة في
الضمان لو كان البطلان من غير جهة الاستحقاق باعتبار امكان حبس المبيع على البايع الى رد

الثمن وضعفه ظ اما لو تجدد الاستحقاق بعد البيع لا نفساخه بتقايل او بخيار او بتلف قبل القبض لم
يلزم الضامن شيء لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فضمانه ضمان ما لم يجب حتى لو صرح بضمان ذلك
لم يصح لا لفقد ما هو شرط في صحة الضمان مطلقاً كان او غيره من ثبوت الحق حين الضمان وكانه مما لا
خلاف فيه اذا كان استحقاق الرجوع بالثمن بسبب حادث بعد العقد من خيار مجلس او حيوان او شرط
او تقايل او غيرها الا فيما اذا كان السبب تلف المبيع قبل القبض فقد يتوهم في التذكرة جواز الرجوع
على الضامن ويعد صحة على ان البيع ينفسخ بذلك من اصله او من حينه فان قلنا بالاول كان الرجوع عليه
ويكون كظهور الفساد بغير الاستحقاق وان قلنا بالثاني لم يجز وكان كالفسخ بالخيار ونظر فيه
في المسالك قائلاً وان حكمنا بكونه مبطلاً من اصله لكن هذا الحكم لاحق للضمان فان المبيع حالته
كان ملكاً للمشتري ظاهراً في نفس الامر فلا يتناوله الضمان الثمن الا ان لانه لم يكن لازماً للبايع مع
وانما التلف الطارئ كان سبباً في حكم الشرع بعود الملك الى صاحبه من اصله وهو حينئذ وان توهم
منافضة الحكم بعود الملك من اصله للحكم لكونه بكونه حالة البيع ملكاً للمشتري ظاهراً وفي نفس الامر
لاقتضائه كون المال في آن واحد ملكاً لشخص وليس ملكاً له بل ملك الآخر وليس كذلك فان المراد
من عود المبيع والثمن الى المشتري والبايع بعقد البيع بناءً على ما اختاره بعض المتاخرين من كون العقد
نفس العقد نافلاً من حينه فيكون قبل ظاهراً او واقعاً ونظيره المبيع فضولاً اذا تعقبه الاجازة
بناءً على الكشف فانه قبل الاجازة ملكاً لواحد وبحكم الآخر ولا منافضة وتوهم ان الثمن اذا كان
بحكم الملك يلزم صحة ضمانه عن البايع ايضاً لان من احكام الملك ضمانه على من بيده مدفوع بانه
قبل التلف لم يكن الثمن بحكم التالف الملك للمشتري بل هو ملك البايع بحكم العقد وانما انتسب له
التلف حكم الملك وهو متجدد ولم يكن ثابتاً حين الضمان حتى يصح ضمانه واما لو كان سبب الفسخ
والاستحقاق موجوداً حين العقد كالعيب السابق عليه دون المتجدد بعده قبل القبض او في زمن
الخيار واذا اوجب الفسخ ففي جواز الرجوع بالثمن على الضامن لو اختار العقد بعد فوات الخيار
الى المشهور عدم الرجوع عليه لكون الفسخ بالعيب من حينه لا من اصله فلم يكن الحق ثابتاً حين الضمان

الملك اليه من اصله حرفاً احكام الملك عليه كذلك بحكم الشرع والا فلا استبعد في انتقال الكل من — منه

وهو شرط

وهو شرط في صحته لبطلان ضمان ما لم يجب بل لو كان الفسخ يرفع من اصله لم يصح ايضاً لعدم ثبوت الحق
حين الضمان حيثما عرفته في الانفساخ بالتلف قبل القبض ولا يبعد من هنا ما استظهرناه من صحة
الضمان لو تعلق به حق الشفعة بيع سابق العقد بين الامرين حيث ان استحقاق الاخذ بالشفعة
سابق على البيع المضمون فيه عهدة الثمن فهو بحكم المستحق قبله بخلاف العيب فانه لا يوجب استحقاق
الثمن الا بعد فسخ البيع المضمون فيه عهدة ثمنه نعم لو مانع ما فيه الشفعة بهذا البيع حاصة فاخذ
الشفيع لم يستحق الرجوع بالثمن على الضامن وان وجد السبب حين العقد وكان نقيض العيب
كما لا يخفى فاعرف تحرر المحققين من الجزم بالرجوع على الضامن فيه بغير مستحق واما لو اختار الا
الاوثق فقد استقرب في القول له مطالبة الضامن وبه جزم في القواعد جامع المقاصد
والروضة والمسالك مصرحين بعدم الرجوع عليه بالثمن لو فسخ معللين الرجوع بالارش بثبوته
حين الضمان لكونه جزءاً من الثمن عوض جزء فائت من الثمن وهو وصف الصحة وان سقط مع
الرضا بالعيب واختار الفسخ وهو متجدد ثبوته كذلك لكن قد سبق في محله ان ثبوته خلاف
الاصل وان القدر المعلوم ثبوته بعد اختياره والمطالبة لعدم معلومية كونه جزءاً من الثمن
حقيقة ادخل من الثمن داخلاً في البيع ضمناً اجزاءً او غرامة لرافع العيب حيث تفرق الفاقد
بفوات الوصف ولعل الاخير الاظهر كما اوضحناه فيما سلف وعليه فلا يثبت الارش من قبل
الخيار واختياره والمطالبة فيجري مجرى الثمن في عدم استحقاقه الا بعد الفسخ والرد وبعد
سبق السبب وهو العيب غير كاف في اشتغال الذمة باحدهما فيكون ضمانه ضماناً من ضمان
ما لم يجب ونظير العيب ضماناً وبعض الصفقة ان اختار الفسخ فانه لا يرجع على الضامن
الا بما قابل المستحق لكونه مملوكاً للمشتري حين الضمان فضمانه صحيح بالنسبة اليه واما
بقي منه فانما يرجع به على البايع خاصة ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري بناءً او غرس
فالاقوى جوازه والمراد انه لو ضمن ضامن لمشتري الارض على تقدير حصول استحقاقها وما
يقوم بسبب بنائه او غرسه فيها من تفاوت ما بين قلعه قيمة الاخرى واختاره

البناء والغرس ثابتا ومقلوعا ان اختار مستحق الارض قلع ذلك او اجرة الارض او احتاره ابقاء ذلك
بها صح ضمانه وكان ذلك من ضمان العهدة نظرا الى وجود سبب ذلك وهو استحقاق الارض حين
الضمان وقال الحاجب البهو المجز المنع وفاقا للفاضلين والمحقق الثاني والفاضل الشارح
وغيرهم لاعتبار ثبوت الحق حين الضمان ولا ثبوت في ذمة البايع الا بعد حصول البناء والغرس و
ظهور المستحق واختياره للقلع او الاجرة مع ذمة التفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا فضمانه
قبل ذلك من ضمان ما لم يجب مع قطع النظر عن جهالته ومجرد وجود السبب غير كاف في ثبوت الحق
كما في العيب وبعض الفقهاء على انه لو صح هذا الضمان لم يكن من ضمان العهدة كتعلق الحق بذمة
البايع لحق الجناية ونحوها فاذا اضمنه الغير كان ضمانا اصليا موجبا لانتقال الحق عن ذمة البايع الى
ذمة الضامن فليس للمضمون له مطالبة البايع اصلا وهو بخلاف ضمان العهدة والحاضر به مع
مخالفة الموضوع مفتقر الى الدليل ولا دليل ومما ذكرناه يظهر ضعف ما في الشرايع والتذكرة
من جواز هذا الضمان ان كان البايع لا من الاجنبي مدعيا وجه ذلك عن ضمان ما لم يجب
لكونه لازما للبايع بنفس العقد فيكون ضمانه تاكيدا لما الزمه وتظهر الفائدة فيما لو اسقط
المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع بسبب الضمان وفيما لو شرط على البايع ضمانا
بوجه صحيح فانه يصح هذا كافيا في الوفاء بالشرط وان لم يحصل للمشتري نفع جديد به فانه
لو صح هذا الضمان من البايع لصح من الاجنبي ايضا اذ مناط الصحة ثبوت الحق في الذمة
حين الضمان ولا ثبوت ودعوى انه لازم للبايع بنفس العقد ان اريد لزوم الارش والاجرة
فعلا قبل حصول ما يوجب الارش والاجرة فممنوع وان اريد ثبوتها في الجملة نعم ذلك كثبوتها
الغاصب لضمان المثل او القيمة بعد تلف المغصوب ويسمى ضامنا بهذا الاعتبار فيمتنع صحة
هذا الضمان والتزام هذا الالتزام لخروجه عن كل من الضمان الاصلي والعهدة بل اسم الضمان
اطلاق الضمان عليه من المجاز باعتبار ما يؤول اليه من الضمان على ان الحق لو كان ثابتا في
ذمة البايع لكان ضمان الاجنبي اولى بالصحة من ضمانه اذ لا يعقل ضمان الشخص عن نفسه

فوله ولو

ولو انكر المستحق القبض فشهد عليه الغريم قبل مع عدم التهمة اذا ادعى الضامن الاداء
فانكر المستحق وهو المضمون له فان لم تكن هناك بينة حلف المستحق وغرم الضامن ولو رد اليمين
على الضامن فحلف رجع الضامن ان كان ضمانه باذن الا ان يقال ان الامور مما يدفعه اولا بوعهده ثانيا
ومن الحق المضمون ولو حلف اليمين المردودة براءة من المستحق وفي استحقاق الرجوع على المضمون عنه
لو كان ضمانه باذنه وجهان بنيا على ان اليمين بمنزلة الاقرار او على الاخرار المضمون له فله
في حق الاصل او مقصور على حق الضامن والتحقيق في التذكرة نفوذه في حق الاصيل لسقوط مطالبته
بذلك ظاهرا وباطنا كالبينة بل هو اقوى منها ولعل الاظهر العدم لعدم معلومية التاد به
الموجبة لشغل ذمة المضمون عنه والاصل براءة ذمته وليس المناط سقوط مطالبته ولذا لو ابراه
الضامن لم يستحق الرجوع والتنظير بالبينة غير متجه لكونها حجة شرعية على الجميع بخلاف الاقرار
الذي لا ينفذ الا على المقر اما لو اقام الضامن بينة على جواز ان يكون الغريم وهو المضمون له شاهدا
فيها وتوهم عدم قبول شهادته من حيث ان الدين في الاصل دينه فيكون فيها بما لا يجري على
ما عليه اصحابنا من افادة الضمان نقل المال من ذمة الى ذمة بل هو بعد الضمان كالاجنبي
فلا ترد شهادته الا بما يرد به شهادة غيره من فسق او تهمة كعداوة او غيرها من اسباب التهمة
التي منها اعتبار الضامن قبل الضمان ومع عدم اطلاع المضمون له فان له الفسخ بذلك
والرجوع على الاصيل فتكون شهادته للاصيل ما يجر نفعا اليه لدفع الحق عن نفسه ما ان
اسلم من شهادته مطالبة الضامن له بالحق ومن العزماء في الاقتضاء تفاوتا بينا وشيئا
التحجير على الضامن بالفلس حيث يكون المضمون له عنده احد غرمائه فان شهادته للغريم ما
هنا مردودة لاحتمال ارادته تقليل الغرماء ليتوفر نصيبه كذا قيل وهو متجه حيث لا يكون
الشهادة بالاداء دينه مستلزمة لثبوت ما اداه في ذمة المضمون عنه ولا يحصل بها
للمفلس مال جديد في ذمة الشاهد مما كان موجبا لحرمانه مما يوجبه من مال
المفلس بخلاف ما اذا لم يشهد فانه لا يجري فيه كما لو فرض ان دين الشاهد مائة وغيره

مائة وكان مال المفلس خمسين وما ضمنه عن الشاهد خمسين ايضا فانه لو شهد على اداء الخمسين
الى المضمون له على وجه يستحق اخذها منه فعلا سقط خمسون من دينه وكانت الخمسون الموجودة بينه وبين
الغريم الآخر ولم يستحق منها شيئا بخلاف ما اذا لم يشهد فان الخمسين الموجودة بينه وبين الغريم
الآخر بالمناصفة ولعل الاحتمالات بعد ذلك من اسباب التهمة نظرا الى ان الشهادة بمجردها
مستلزمة للاقرار بثبوت ما اداه الضامن في ذمة الشاهد فعلا وان كان الضمان باذنه الا ان
يدعي الضامن ذلك على وجه يلزمه دفع ما اداه وهو خروج عن موضوع المسئلة كما لا يخفى ومنها
ما اذا ادعى الضامن انه قد صالحه باقل من الحق فانه يثبتها دينه يجر نفعا باسقاط الزائد وقد
بيناه عنه بكفايته دعوى الضامن واقراره في اسقاط الزائد عنه فلا تهمة وهو في محله
ومع عدم قبول قوله للتهمة لو غرم الضامن رجع في موضع الرجوع بما اداه اولا ولو لم يصدق
على الدفع رجع بالاقل لا وقع في تفصيل المضمون عنه للضامن فيما يدعيه من الدفع بين شهادته
وعدمها ولا بين قبول شهادته وعدم قبولها للتهمة او للفسق ونحوه في عدم استحقاق الضامن
الرجوع حيث يكون نساويا للاداء اولا او عمهما ولا عن من المضمون له ثانيا ولم يثبت الدفع
لفساده فيها على استحقاقه ولان المضمون له ظالم بالاخذ ثانيا هذا ان كان المدفوع له اولا
بقدر الحق او اقل والا رجع باقل الامرين منه ومن الحق ولو لم يصدقه المضمون عنه على ما ادعيه
من الدفع لم يكن له الرجوع عليه بما يدعيه مع انتفاء البينة نعم له احلافه لو ادعى علمه بما
دفع فان حلف سقطت مطالبته حتى لو لم يصدقه المضمون له وعن مستثنا ثانيا لم يكن له مطالبة المضمون
عنه بغير ما اداه ثانيا لاعترافه بانه مظلوم بها وان هذا الدفع لم يكن عن المضمون عنه فلا يستحق
مطالبته به نعم يجب على المضمون عنه ايصال ما يعلم اشتغال ذمته به شرعا من اقل الامرين
من الحق والمدفوع عنه وبحسب اعتقاده ولو نكل المضمون عنه اليمين الزم باقل الامرين من الحق والمدفوع
اولا ولو لم يتوجه اليمين عليه لاعترافه الضامن بعدم علمه بالتضمين الزم باقل الامرين مما دفعه
اولا او ثانيا من الحق وهو المراد من العبارة وظاهرها ووجهه ظاهر ولا مدخلية في هذا

المقام

المقام للخلاف في اعتبار الاشهاد بالدفع في جواز الرجوع على المضمون عنه وعدم اعتباره كما هو ظني
خفي المتن وان كان الاظهر عدم اعتبار الاشهاد وفي التعهد بالمال المشغول
مثله للمحيل يدخل في التعريف ما اذا كان المحيل غير مشغول الذمة بالمال مع انه لا خلاف في بطلانه
الحوالة بذلك كما لا خلاف في بطلانها لو كان المحيل غير والمحال عليه بريئين وانما يعتبر وكالة
في الاول على الاستيفاء وفي الثاني على الاقتراض مع قصد الوكالة لكونهما من العقود الجائزة
فيصح بلفظ الحوالة مجازا للمناسبة بينهما في المعنى ومع ذلك فاعتبار مشغولية ذمة المحال
عليه بالمال اضافة لما عليه مشهور الاصحاب من جواز الحوالة على البريء وان كانت بالضمان اشبه
كما ذكره المحقق لكنها ليست ضمانا بل حوالة يترتب عليها احكامها والفرق بين الحوالة والضمان
مع اعتبار مشغولية ذمة المحال عليه مثل الحق ظاهر لاعتبار رضاهما في الضمان والحاضر
براءتها ونقل المحيل الحق الى ذمة المحال فكذا لان الحيلة العقد والمطالب به وبينهما
المحتال فهو الناقل الى ذمة المحال عليه وان اعتبر رضاه به لذلك بخلاف الضمان من ان البريء
هو الموجب الناقل للمال الى ذمته ولو كان المحال عليه هو الموجب كما لو قال احلني على نفسي حيث
لا يعتبر رضا المحيل او وظيفة الفارق بينهما على حد النقد به هو نفس العقد والصيغة اولا ترى في
مغايرة الصيغة للضمان موضوعا وعقلا ومشابهة بعض افرادها للضمان لا يخرجها عن الحوالة
بعد انشاء عقدها وفصلها ولا يمنع من ترتب احكامها عليها كما هو الشان في جميع عقود
المعاوضات للمتشابهة من بيع وصلح وغيرهما فان مجرد التشابه في النقل والانتقال لا يمنع من
مغايرة احكامها بسبب اختلاف صيغها وعقودها وح فاقتصار المتن في التعريف على التعهد
المشغول ان كان اقتصارا على تعريف المتفق عليه من افراد الحوالة فلا باس الا انه خارج عما
يعنت عليه التعاريف من ملاحظة الانعكاس والاطراد لكونه غير منعكس لخروج الحوالة على
البريء وان كان اعتقادا منه لبطلان الحوالة على البريء كما هو المحكي عن الشيخ في اول الباب وربما
حكي عن القاضي وابن حمزة فقد عرفت شذوذ هذا القول واشتهار خلافه وذهب الاصحاب

ومنهم الشيخ في آخر الباب بل عن السرائر نفي الخلاف عنه مرة ودعوى الاجماع عليه اخرى مع ما سمعته
للاصل وعموم الوفاء بالعقود والملاقاة للحوالة بل عمومها الناشئ عن ترك الاستفصال
واعتضاد ذلك بما هو المتعارف من الحوالة في هذه الاعصار ولم نقف للشيخ على حجة يعتد بها
في المقام سوى الاصل المنقطع بما عرفت واستبعاد مساواة الحوالة للضمان في الفرع والمثال البريء
مع اختلافهما في الاحكام وهو كما ترى وربما بنى الخلاف على ان الحوالة معاوضة او استيفاء فيصح
على الثاني لصحة الوفاء من الغير بغير اذنه دون الاول اذ لا مال على المحال عليه حتى يجعله عوضا عن
حق المحتال والحق انها عقد مستقل هي بالاستيفاء اشبه منها بالمعاوضة فلذا لم تحتمل الخيار
بل ادخلها خيار بطل الاصل ولا بالاشتراط ولم يجر فيها حكم الربويين ولا المنع من بيع الدين بالدين
فلا مانع من اقتضائها انتقال الحق الى ذمة من لا حق عليه وجعلها ما للمحيل في ذمة المشغول
وفاء عما في ذمة المحيل وانه لم يلزم المحتال قبوله لكنه لو رضي به لصح ولزم لكون الحوالة من العقود
اللازمة لاطلاق اللزوم في العقود ولا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين صريحين كما هو حال
حالتك وقبلت او ما هو بمنزلة ذلك في الصراحة ان نص على نحو ما مر في البيع ولا يجزي غير الصريح
وان علم قصدها الا بطريق المعاطاة فانه لا يجزي اطرادها في سائر المعاوضات فتدبر

ويشترط فيه رضا الثلاثة اي المحيل والمحتال والمحال عليه لا خلاف في اشتراط رضا الاولين
بل قد استفاض نقل الاجماع عليه لتقوم ركني الحوالة من الايجاب والقبول بهما منضبط رضاهما
المقارن للايجاب والقبول كما في غير الحوالة من سائر العقود وقد يعلل اعتبار رضا المحيل بكونه
مخيرا في جهات القضاء من ماله وبتسلط المحتال به من جملتها واعتبار رضا المحتال بان حقه
ثابت في ذمة المحيل فلا يلزم نقله الى ذمة اخرى بغير رضاه وبتعليل الاخير بتجدد لقيا الاول
فغيره مع اعادة الحوالة اذا كان هو بتحويل المال من ذمة الى ذمة غيره فليس وفاء بما الزم على
المحيل لكونه مخيرا في جهات القضاء بل هو شبه الضمان مع ان ذلك لا يتم فيما لو
احال الرجل على البريء فلا منشأ لاعتبار رضا المحيل سوى ما اشرنا اليه من كونه موجبا لا ينعقد

ايجابه

ايجاب بدون الرضا والتكليف والاختيار ولذا صرح العلامة وجماعة بالاستغناء عن رضا المحيل اذا
تبرع المحال عليه بالحوالة كان يقول للمحتال احلتك بالالف من الدين على فلان على نفسي فيقبل
المحتال فانه لا يعتبر في هذه الصورة رضا المحيل وفي جعل ذلك استثناء من رضاه نظر ظاهر فانه
اعتبار رضا المحيل في هذه الصورة لعدم المحيل فيها الا لعدم اعتبار رضاه مع وجوده وليس
هذا من الاستيفاء في شيء الا ان يتم ان المراد من المحيل من عليه الحق وان لم يكن منشئا للحوالة
وفيه منع فان اعتبار رضا من عليه الحق مما لا دليل عليه من حيث انه قد يكون محيلا او الفرض عدمه
انها قد يقع كذلك وانما المتصف به في الصورة المفروضة هو المحال عليه ايضا حيث انه المنشئ للحوالة
على نفسه فيكون محتالا او محيلا عليه ورضاه متحقق ايضا فلا استثناء من اعتبار رضا
الثلاثة اصلا نعم يظهر من جماعة من المتأخرين كالسيد في الرياض وصاحب الكفاية التردد في صحة
مثل هذه الحوالة نظرا الى ان العقد على هذا الوجه ليس من العقود المتعارفة لها ولا عموم في
ادلتها بحيث يشمل هذا الفرد وهذا بحث آخر ان تم يقضي بعدم صحة الاستيفاء ايضا لا اقتضائه خروج
ذلك عن موضوع الحوالة الشرعية فلا مجال لاستثنائه عما يعتبر فيها لكن صرح جماعة منهم
العلامة في التذكرة والفاضل الشارح في المسالك والروضة بصحتها من غير تأمل ولا نقل خلاف فيه
اصلا ولا يبعد في صحتها لكنه بعد البناء على جواز الحوالة على البريء وجواز التبرع بها كان
التبرع بالضمان لاشتراكهما في المعنى فانه مع التبرع بها لا طريق لانعقادها الا بالصيغة المذكورة
اذ لو كان من عليه الحق هو الموجب لم يتبرع بتحقق التبرع بالحوالة اصلا مع ان في دعوى خروجها
عن المتعارف منا فتشترط الا يعتبر ولا بد بل في ايجابها وقبولها المتعارف وانما الخروج عن
المتعارف في الموجب خاصة ولا مانع منه بعد قيام الدليل على صحة التبرع لاختصاص الموجب على
هذا التقدير بالمحال عليه الا انه لا يلزم المنع من جواز التبرع بالحوالة فيه ما فيه واما
اعتبار رضا المحال عليه فهو المشهور حتى كاد يكون اجماعا وان استشعر في الحدائق من عبارة ابن
حمزة وجود قول لبعض اصحابنا بعدم اعتبار رضاه كما استشعر به القول به ايضا من عبارة

المختصر ولكن القول به ما يقال غير معلوم وقد نسب الى ابي الصلاح وابن ادريس كما يحكى عن بعضهم
لعلهما وهم نعم هو اختيار جمع من محققي المتأخرين كصاحبي التنقيح وايضاح النافع والمحقق
الثاني في جامع المقاصد والفاضل الشارح وغيرهم وبعض المتأخرين الميل اليه من المخالف وان نسب القول
باعتبار الرضا الى علمائنا مؤذنا بدعوى الاجماع كما هو ظاهر في التذكرة بل نقل عن الشيخ في
دعوى الاجماع صريحا لكن المحكي من عبارته غير ظاهر في دعوى الاجماع على اعتبار الرضا
بل على صحة الحوالة مع وجوده وهو مما لا كلام فيه في اعتبار الرضا مع براءة المحال عليه لكونها
بمنزلة الضمان ولا في اعتباره مع اشتغاله بغير ما يحال لان المحتق لو احال عليه بالمماثل وانما الكلام
في اعتبار رضاه لو احال عليه بما هو مشغول بمثله والمتجه اعتبار الرضا بذلك ايضا عملا
بالاستصحاب والاجماع المنقول الذي ادعي في مفتاح الكرامة تحصيله في بعض الطبقات
وسمعت عن جماعة نقله عن الشيخ صريحا وان لم نقف عليه ويشهد له التتبع اذ لم نقف على مخالف
صريح قبل صاحب التنقيح وما في الغنية من الاشارة الى الخلاف فانما اراد به خلاف المخالفين
مضافا الى ما استند اليه الاصحاب من اختلاف الناس سهولة وصعوبة في الاقتضاء وان
الحوالة بمعنى النقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ولا يتصور الانتقال والتزام المشغول
بدون الرضا والنقض على الاول بما اذا وكل على القبض كمنع الثاني بدعوى ان الحوالة وفاء
لا نقل مردود بان التنظير بالوكالة قياس مع الفارق لعدم تبدل الغريم في صورة الوكالة بل
ما يحدث الوكيل من الاقتضاء سهولة وصعوبة انما هو بإذن الموكل ورضاه فعله بخلاف الحوالة
فانها تبديل غريم بغريم وهو مفتقر الى الرضا نعم لو نظرت الحوالة ببيع ما له في ذمة الغير لعدم
اعتبار المحيل الثابت في ذمة المحال عليه انما لو كانت بمعنى النقل المستلزم لتحويل الدين عن ذمة
المحيل واشتغال ذمة المحال عليه به وان كان مشغول الذمة قبله للمحيل على وجه يصح
التهاتر بين الحقين وانما لو قضيناه عقد الحوالة ذلك فلا وجه للتنظير بالبيع ايضا لكون
البيع تصرفا من المالك بماله والناس مسلطون على اموالهم بخلاف الحوالة على هذا التقدير

فانها

فانها تصرف في مال المحتال وذمة المحال عليه بنقل مال المحتال اليها ولا يعقل التسلط على
ذلك بدون الرضا ولا شبهة في ان معنى النقل هو المتبادر من مادتها واشتقاقها من التحويل كما
هو مقتضى تعاريف الاصحاب واجماعاتهم المحكية على مفادها ويشهد به عقد الحوالة من عقود الضمان
وصحة الحوالة على البريء والمشغول بالمخالف او المماثل مع اشتراط التبرع عليه فان جميع ذلك
انما يصح على وجه الضمان والالتزام بدين المحتال فكذا لو كان مشغول الذمة بالمماثل من غير شرط
لاتحاد العقد الجامع بين جميع افرادها ولا جامع سوى نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة
المحال عليه فهي كالضمان وان افترقا في العقد العاقد فكما لا يعقل الضمان بدون رضى
الضامن فكذا لا يعقل الحوالة بدون رضى المحال عليه لكونه الملتزم بالدين وكما يقع الضمان
ممن لو كان الضامن بإذن مشغول الذمة مثل ما ضمن فكذا المحال عليه المشغول بالمثل
وهذا المعنى كما عرفت هو ظاهر الكلمات وعليه يتفرع شرطية رضا المحال عليه ولا ينافيه ما في كلام بعض
بعضهم من ان الحوالة معاوضة او استيفاء لذكرهم مثله في الضمان ايضا مع ان الحق استقلالها
عقدها وخروجها عن البيع والوفاء كما سبقت الاشارة اليه فلا موجب للخروج عن ظواهر الكلمات
والاجماعات والتعريفات وما فرعوا عليه من اشتراط الرضا بدعوى عدم دلالتها على النقل
وافادتها معنى الوفاء بالمال كما عن بعض افاضل العصر ان هذا هو المتعارف من قصد المتعاقدين
حتى لو قصد بالحوالة غيره لم يبعد البطلان وانه لو كانت بمعنى النقل لكان المراد افادتها نقل مال
المحيل الى المحتال لكن فيكون معاملة شبيهة بالبيع لا نقل مال في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه
مستشهدا على ذلك بتخيل بعض الحال العلماء ان الحوالة بيع وهو كما ترى مع انه لو كانت استيفاء
دين لزم اعتبار الرضا ايضا لكونها حينئذ بمنزلة قبض المحتال دينه واداء ما في ذمة المحال عليه ولا يعقل
الى من شخص بدون رضاه ولذا حكي في التذكرة عن العامة بناء الخلاف في اشتراط رضا
المحال عليه على ان الحوالة بيع او استيفاء دين فعلى الاول لا يشترط الرضا وعلى الثاني
يشترط مع ان دخولها في البيع والمعاوضات لا يكون مقتضيا له بعد ما صرح به الاصحاب

ولا يتم جعلها مقيدة لنقل ما في ذمة المحال عليه الى ملك المحتال بما له في ذمة المحيل الا على وجه
دخولها في المعاوضات فلم يبق الا اندراجها في الاستيفاء او لا تجعل بما للحوالة حقيقة او لا فائدة
فيها وانما هي بحكم الوفاء في تفريغ ذمة المحيل بنقل ما في ذمته الى ذمة المحال عليه شغل المحال
عليه والذي امرته بذلك وجه عدم الانفكاك عن الرضا فبوله المقارن للايجاب على نحو قبول المحتال
بل مطلق الرضا مقارنا او متاخرا فتدبر فيحصل منها المثال كالضمان هذه العبارة و
نظائرها كالصريح فيما ذكرناه من افادة الحوالة النقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه كا
لنقل بالضمان وقد ذكره نظير في التذكرة والمسالك اجماع علمائنا وعامة الجمهور على افادة
الحوالة ذلك الا من شذ منهم فاجرى الحوالة مجرى الضمان عندهم في افادة ضم ذمة الى ذمة الا ان
الاشكال فيها يظهر من جماعة كالمحقق الثاني في جامع المقاصد والفاضل الشارح في المسالك
وغيرهم من مدافعة عبارة لما عرفته من منعهم لافادة الحوالة النقل ودعوى انها وفاء لا اثبات على
اشتراط رضى المحال عليه حكمهم في المقام وغيره بانها تفيد النقل والتحويل مدعيا عليه في المسالك
الاجماع خلافا للتخييل بعض افاضل العصر ان المراد من النقل المثبت نقل ما في ذمة المحال عليه الى المحتال
والمراد منه نقل بل ما في ذمة المحيل بما في ذمة المحتال ومن النقل المنفي نقل ما في ذمة المحيل
الى ذمة المحال عليه بعنوان التعهد والضمان ولا يخفى ما فيه لمخالفة صريح عبارة الناظم الظاهر
بما افادته من التحويل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ولانه لو كان المراد نقل ما في ذمة المحال
عليه الى المحتال لو كانت الحوالة معاوضة وبيعا وهو خلاف ما عليه الاصحاب ولان اطلاق
النقل على التبديل المذكور مجاز لا يصار اليه بدون القرينة ولان دعوى كون الحوالة وفاء على
جهة الحقيقة لعله خلاف الاجماع واثبات حكم الوفاء لها في فراغ ذمة المحيل من الدين لا ينافي
افادتها النقل من ذمة المحيل الى ذمة المحتال ولا يترتب عليه ما ذكره من عدم اشتراط
رضى المحال عليه لما قد عرفت في البحث السابق من ان اشتراط الرضى عند القائلين به مبني
على ان الحوالة بحكم استيفاء الدين لا بحكم المعاوضة والبيع لكونها على هذا التقدير يتوقف

ونحو

فيرضى المحتال ما على المحيل وان اخذه من المحال عليه والاخرى لا يتحقق بدون رضى المستقرض وكيفما كان
فلا اشكال في اقتضاء الحوالة فراغ ذمة المحيل وانتقال الحق من ذمته الى ذمة المحال عليه وح فلا رجوع
بعد للمحتال على المحيل وعلم ابرأه المحتال من الدين بعد الحوالة او لم يبرأه نعم لو استيفاء المحتال من
المحال عليه بالموت او فلس متجدد بعد الحوالة او موجود مع الحال عليه عند الحاكم او غير ذلك او لم يتعذر
على المعروف بين اصحابنا من غير خلاف اجده بينهم في التجدد التعذر بعد الحوالة وانما يحكى الخلاف
في صورة التعذر عن ابي الحسن فبين منسب الرجوع بالموت والافلاس وبين منسب له بالموت مطلقا
والجحود اذا حلف عليه المحال فالحوالة كالبيع للتعذر وتسليم بعد او ضامنا على الدين لو عسر من عليه
بعين مخصوصة فتلفت قبل قبضها ولا التفات الى هذا الكلام بعد كون الحوالة عقدا مستقلا موجبا
للنقل والانتقال وان افاد فائدة البيع وفائدة الوفاء والاصل في العقود اللزوم مضافا الى ما
يظهر من اجماع اصحابنا على عدم الرجوع الا مع فقد الاعسار حين الحوالة وبعدها كما دلت عليه
النصوص المعتبرة كخبر منصور عن الصادق ع في الرجل يحيل على الرجل الدراهم ايرجع عليه قال لا يرجع عليه
ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك ونحوه خبر ابو ايوب عنه ع وخبر عقبة عن ابي الحسن ع في الرجل
يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي ايرجع على صاحبه اذا احتال ورضي قال
لا وجه بالاطلاق فيما ذكرنا ولو قلنا ان اذا ابرأه المحتال المحيل بعد الحوالة او لم يبرئه كما عليه المشهور عملا با
صالة اللزوم واطلاق النصوص المذكورة المؤيدة بعدم تعقل تاثير الابراء بعد الحوالة المنتقل
المال من الذمة اذ لا متعلق للابراء بعد ما احاله فالمحكي عن الشيخ في يه وابي الصلاح والقاضي
والمهذب في التفصيل من اعتبار الابراء بعدها في عدم الرجوع عملا بحسن زرارة عن احدهما ع
في الرجل يحيل الرجل على ما كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال برئت مما لي عليك قال ان
ابرأه فليس له ان يرجع وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله وهو وان كان حسنا كالصحيح
والمعارضة بينه وبين ما تقدم من الاخبار التي فيها بالاطلاق والتقييد الا ان العمل به
على ظاهره متعذر لكنا اشترطنا الامتناع تحقق الابراء بعد حصول الحوالة فلا بد من تأويله

بعد الابراء المسقط لما في الذمة فلا بد من ارتكاب التاويل والتجوز وليس حمل الابراء على اسقاط حق
الرجوع كما يقتضيه كلام الشيخ ومن تبعه بناء على ان الحوالة عقد جائز بدونه باولى من حمل قوله
برئت مما لي عليك على معنى قبول الحوالة بل هذا اولى من وجوب عنه حقيقة على التامل كما يمكن ان يكون
الابراء مانعا من الرجوع على المحيل في صورة جوازه كما لو ظهر افلاس المحال عليه حين الحوالة وان يكون
الرجوع عليه في تلك الحال مشروطا بعدم الابراء كذا وللنظر في هذه التاويلات مجال واسع وظني
ان مورد الخبر غير ما نحن فيه من الحوالة التي فله لكون السؤال فيه عن المديون يحيل الرجل على مال له
في ذمة رجل آخر وهذا غير الحوالة المعروفة بل هو وكالة بلفظ الحوالة كما صرح به العلامة في
التذكرة وغيره وانما الحوالة الشرعية ان يحيل ما للمحتال عليه على ذمة رجل آخر اما لو احاله على
نقل المال الذي في ذمة الغير ليقبضه منه وكالة او حرمنا وح فيكون الابراء في الخبر محمولا على ظاهره
وحقيقته صحيحا لكن ويمكن حمل كلام الشيخ ومن تبعه عليه فيرتفع الخلاف كما يمكن ايضا حمله على
ما اذا تحققت الحوالة قبل رضا المحال عليه اذ لا نحو تحمله في الخبر ولا في كلام الجماعة بناء على
اشتراط الحوالة به فانه لا نقل فيه فيتجه عدم الرجوع مع الابراء والرجوع مع عدمه ولا يجوز
اصلا والمعتبان منها ه حملا وان لم اتفق على مساعد فيهما والله الهادي الى الصواب
ولا يجب قبولها على المليء اي لا يجب على المحتال قبول الحوالة على مليء فضلا عن غيره بلا خلاف
اجده بين اصحابنا للاصل السالم عن المعارض عدى النبوي المرسل اذا احيل احدكم على مليء
فليحتل وهو لضعفه منزل على الندب وما اشتهر من ان الحوالة بحكم الوفاء لا يعطيها حكم اداء
الدين وتعيينه معين بحسب قوله واخذه لان الحوالة ليست اداء وانما هي نقل مال من ذمة
الى ذمة ولو ظهر اعساره فسخ المحتال اذا كان المحتال جاهلا بحال المحال عليه
ظهر اعساره حين الحوالة وبعدها فله الفسخ والرجوع على المحيل من غير خلاف فيه كما نفاه
بعضهم بل عن الخلاف الاجماع عليه كما هو ظاهر التذكرة وغيرها لقاعدة الضرر والنصوص
المتقدمة كخبر منصور وخبر ابي ايوب ونحوهما اما لو علم باعساره حين العقد فلا خيار

ولولم

ولو لم يعلم باعساره او لم يفسخ حتى ايسر ففي بطلان الفسخ لزوال الضرر وبقائه للاطلاق ما
تقدم من النص وجهان اظهرهما الثاني وعن الفخر بناء الوجهين على ان علل الشرع معرفات او
علل حقيقية فعلى الاول يبقى الفسخ وعلى الثاني ان قلنا ان الباقي مستغن في بقائه عن
المؤثر بقي ايضا والا سقط وهو جيد ولو بذل على المعسر مال ذلك متبرعا او غير متبرع لم يجب قبوله
ولم يسقط الفسخ وفي كون الفسخ على الفور او التراخي وجهان اظهرهما الثاني امتثالا
الاعسار وقد عرفت لزوم الحوالة وعدم الفسخ به لاصالة اللزوم وظواهر النصوص بل صريح
بعضها كخبر عقبة والمراد من الاعسار ان يكون ما لكا لا زائدا من مستثنيات الدين الا ان يكون
قد اشترط التأدية من بعضها فلا يستثنى ويصح ترامي الحوالة ودورها وكذا الضمان
المراد من ترامي الحوالة والضمان ان يتعدد انتقال الحق المتحد من ذمة الى ذمة كما لو احال المديون
زيدا على عمرو ثم احال عمرو زيدا على بكر ثم احال بكر على خالد وهكذا او يضمن عمرو ما في ذمة
المديون لزيد ثم يضمنه عنه بكر وهكذا ويصح الترامي الى ما لا نهاية له في كل من عقدي الحوالة
والضمان مما هو من غير خلاف ولا اشكال حتى ممن جعل الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة اذ لا مانع
من تعدد الضمناء على هذا التقدير واما ما عليه اصحابنا من افادة الضمان النقل كالحوالة فلا
مانع من تكرر انتقال الحق من ذمة الى ذمة ولا مدخل في الترامي مع اتحاد المحتال او تعدده
لتعدد العقود كما لو احاله المحال عليه بدين غير ما انحصر بالحوالة او تعدد الضمناء لتعدد
الحقوق كما لو ضمن الضامن الثاني حقا غير ما ضمنه الاول وهكذا لا يدخل فيه ما اذا
اتحد المضمون عنه وتعدد الضمناء على التعاقب او دفعة وان اتحد الحق المضمون بل يجب الحكم
ببطلان الضمان الثاني مع التعاقب وبطلانه دفعة لخلو ذمة المضمون عنه بالضمان الاول
وفي صحة الجميع لو وقع الضمان دفعة فيكون المضمون له مخيرا في الرجوع الى كل واحد بتمام الحق
او تكون حصصا موزعة على الجميع او بطلان الضمان وجهان او وجوه اقربها الى القاعدة الشرعية هو
الثاني واما دور الحوالة بمعنى احالة المحال عليه المحتال على المحيل ولو في بعض الدين

مع التراضي فتأمّل لا احد فيه خلافاً كما لا خلاف في صحته وفي الضمان بان يقبض المضمون عنه في
بعض الطبقات ما في ذمة الضامن من الحق الا ما يحكى عن الشيخ في ط من منع من دور الضمان معلّلاً
بانه لا يستلزم اصراً وان يكون هو المضمون عنه فرعاً وهو الضامن مع ان هذا التعليل جار في الحوالة ولم
يحك الخلاف فيها عن المخالف ولا عن المواضع نعم حكي في التذكرة عن الشافعية المنع من دور
الضمان معلّلاً بما ذكر ولا يخفى ضعف التعليل وعدم صلاحيته للمنع وان كان المبني على مذهب المخالف في
من جعل الضمان بمعنى الضم وهو المنع لعدم الفائدة بعد الضمان لحصول الضم قبله واما على مذهب
اصحابنا من افادته النقل فلا موجب لمنعه ويحتمل عدم الفائدة فيه من حيث عود الحق على ما كان
منا فضلاً لامكان حصول الفائدة بسبب اليسار والاعسار وبالتاجيل والتعجيل والحلول وبالاشتراط
التأدية من مال ونحو ذلك مما يستفاد بالضمان الثاني من الاستفادة بالضمان الاول وان
عاد الحق فيه كما كان ولا يجري ذلك مجرى الكفالة في امتناع دورها لانتفاء الفائدة بحضور
الكفول ولا يصح دورها لتحقق الفائدة   وكذا بغير جنس الحق مما اختاره المصنف من صحة
الحوالة مع اختلاف مال المحيل والمحال عليه جنساً هو مذهب العلامة في التذكرة وجمع من
المحققين كالمحقق الثاني في جامع المقاصد والفاضل الشارح وغيرهم لاطلاقات الحوالة
وعموم الوفاء بالعقود ولان الحوالة ان كانت استيفاء فالوفاء بغير الجنس جائز وان كانت معاوضة
فلا مانع منها مع من اختلاف العوضين جنساً ولا يلزم من ذلك الاشتراط على المحال عليه بغير
ما عليه هو لكون الحوالة عليه بالجنس المخالف لما في ذمة المحيل كما هو المعروض وهو
ثابت في ذمته لا بالجنس الموافق لما في ذمة المحيل مع انه لو احاله بالموافق لصح من غير اشكال
بناء على جواز الحوالة على البريء لاعتبار الرضا في صحتها فلم يلزم بما احيل عليه فكأنها
انما الاشكال في صحة الحوالة بالمخالف لعدم دليل على صحتها به بعد الشك في تناول الاطلاقات
لمثله ولان مفاد الحوالة نقل المال من ذمة الى ذمة كالضمان فاذا فرض ما في ذمة المحيل دراهم
كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دنانير اذ لا موجب لتبديل حقه بالمخالف فانه يحتاج الى

تراضي المحيل والمحتال على ذلك لا يغير ما في ذمة المحيل من غير عقد ولا دفع حتى يتحقق تشخصه وتبدله بالمخالف
الواجب وما وقع من عقد الحوالة لا يفيد سوى تبديل ذمته بذمته ولا اثر له في تبديل نفس الحق سوى ان جعل
استيفاء او معاوضة مع ان الحق كما سبق انه عقد مستقل بالاسر وانما افاد فائدة الوفاء في فراغ ذمة
المحيل على نحو الضمان وليس المراد من كونها استيفاء الدين انها ادائه للدين حقيقة كما في الاعيان
حتى يتم تجويز الوفاء بغير الجنس كما ان جعلها معاوضة على القول به لا يراد انها كسائر المعاوضات
التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من مال او زيادة فيه او وصف وانما هي معاوضة او فائدة
وما يحذر لاطلب منها ازيد من النقل وتبديل ذمته بذمته مع بقاء التجانس والتساوي جميعاً
بل وعدداً كما قيل بعدم لزوم الا فصل الناقص والزائد وقالوا عن تمام الحق ولذا اختار الشيخ وجماعة
عدم الصحة الا مع التجانس بل في التذكرة انه من مشاهير الفقهاء وعن جماعة من افاضل المتأخرين
وعلله الاخوة وما قد يظهر من المسالك من التفصيل وبناء الصحة على جواز الحوالة على
البريء او على مراعاة رضا المحال عليه وعدم الصحة على عدم ذلك غير متجه فان الحاق ما نحن فيه
بالحوالة على البريء انما يتم لو احاله بالجنس الموافق حيث انه لم يثبت في ذمة المحال عليه فهو احالة
على مشغول بمال الحوالة ولا ارتباط له بالبريء وغيره ولا بالرضا وعدمه هو نظير حوالة البريء
على المشغول حيث ان ذمة المحيل لم تكن مشغولة بما في ذمة المحال عليه وقد مر ان احالة البريء
على المشغول كالحوالة على الاستيفاء لا حوالة   وكذا تصح الحوالة بدين عليه لواحد على
دين المحيل على اثنين متكافلين فالظ انه لا خلاف ولا اشكال في جواز احالة الدين على الواحد على
اثنين اذا لم يكونا متكافلين متضامنين اذ لا مانع من احالة بعض الدين على واحد وبعضه
على الاخر وتوهم زيادة حصول زيادة الارتفاق بذلك على المحتال من جهة اداء الدين على
الاثنين اسهل من ادائه على الواحد في حيز المنع وعلى تقديره فمنع صلاحية مثل هذه الزيادة
للمنع ولذا تصح الحوالة على ملي من المحيل واحسن وفاء واما اذا كانا متكافلين بان ضمن كل
منهما ما في ذمة صاحبه فالذي ينطبق على اصولنا من كون الضمان ناقلاً صحة الحوالة

ايضاً لعدم الفائدة في هذا الضمان بل الدين عليهما كما كان من غير فرق بين ضمانهما دفعة او
او متعاقبين ان اراد الثاني ضمان ما في ذمة الاول في الاصل ولو اراد مجموع ما حصل في
ذمته انتقل الجميع الى ذمته واختص بالدين ولم يصح الحوالة على غيره اما على ما ذهب اليه
المخالفون من افادة الضمان ضم ذمة الى ذمة فلا اشكال في صحة الحوالة على غيره اما على مذهب الذي
بالجميع على احدهما وبين الاخر من الدين لكون الحوالة كالقبض وان استحق الرجوع على صاحبه
بما ضمن اذا كان باذنه في صحة الحوالة بذلك عليهما وجهان لم المنع لانه لم يكن له الا مطالبة
واحد فلا يستفيد بالحوالة زيادة كما لا يستفيد زيادة قدر او صفة والجواز للاصل ومنع
صلاحية ما ذكر من الارتفاق للمنع لكن المحكي عن الشيخ في ط الحكم بصحة الحوالة بالمجموع على
احدهما وبطلانها بذلك على كل واحد منهما معللاً بزيادة الارتفاق المذكور ثم في ثبوت الجواز
فلعل ذلك تفريعاً منه على مذهب المخالفين في معنى الضمان وان لم يتقدم ذكره كما احتمله
الفاضل الشارح واحتمل موافقته في هذا المقام للمخالفين وان المحقق قد اشار في بعض
عباراته الى خلافه واحتمل بعض الافاضل ان المراد من الضمان في عبارة الشيخ معنى الكفالة
بان يكون كل منهما كفيلاً ببدن صاحبه فيكون منع الشيخ من الحوالة عليهما لحصول زيادة
الارتفاق للمحتال بانتقال حق الكفالة اليه بالحوالة وهو كما ترى مخالف لما حكم الشيخ به
اولاً من جواز الحوالة بجميع المال على احد المتكافلين ولصريح ما علل به المنع من الحوالة بانه
يستفاد بالحوالة مطالبة كل من الاثنين بمجموع المال وهو زيادة في حق المطالبة بالحق
وصوف هذا لكلام الى الحق او الكفالة البدنية تعسف ظاهر على ان انتقال حق الكفالة الى المحتال
بالحوالة مخالف لكلام الاصحاب بل صرح جماعة بعدمه ولعله مما لا خلاف فيه في عدم انتقاله
فلا ينبغي حمل تعليل كلام الشيخ والمحقق ايضاً وجميع من فرض المسألة وحكم فيها جوازاً
او منعاً على ارادة التفريع على الضمان ولو على طريق المخالفين وبيان ما يعتبر من جهة
الارتفاق من الحوالة وعدمها ويمكن تصوير المسألة على طريق الاصحاب بان يكون كل من الاثنين

منهما ضامناً الا انه قد التزم كل منهما بالمال الى ان لم يحصل صاحبه بناء على المشهور من العزام من بدله
بالمال به فانه يصح مطالبته بالمال بما لم يحصل صاحبه كما سبق في فتصح الحوالة على كل منهما بالمجموع
ان لم يكن الضمان بمعنى الضم فتأمّل   ولو ادعى المحال عليه فطلب الرجوع لانكاره الدين وادعاه
المحيل فقد تعارض الاصل والظ والاول ارجح فيحلف على انه بريء من دين المحيل ويرجع عليه بلفظ الحوالة
او الضمان اذا ادعى المحال عليه الدين فاراد الرجوع على المحيل بما ادعاه فادعى المحيل شغل ذمته
بمثل ما ادعى فانكر المحال عليه ذلك فان قلنا بجواز الحوالة على البريء فالقول قول المحال عليه لاصالة
براءة ذمته من الدين فله الرجوع على المحيل بما ادى لقضاء دينه باذنه ولا يعارض الاصل ظاهر
اشتغال ذمة المحال عليه لغلبة الحوالة على المديون فان الاصل مقدم على الظ الا في مواضع نادرة
ليس هذا منها مما نحن فيه وان لم نقل بجواز الحوالة على البريء فالمصنف لم يتعرض لبيان الحال فيه لانه
على دعوى معارضة الظ الاصل لكن العلامة في التذكرة والمحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهم
حكموا بتقديم قول المحال عليه ايضاً على هذا التقدير محكما لاصالة البراءة مع انه معارض باصالة
صحة الحوالة المقتضي لشغل ذمة المحال عليه فلذا احتملوا تقديم قول المحيل عملاً باصالة
صحة الحوالة كما في غيرها من العقود فان مدعي الصحة منها مقدم على مدعي الفساد وهو
متجه لكن لو كان قبول المحال عليه ورضاه من اركان الحوالة لكن الظ خلافه وان كان شرطاً
في صحتها الا انه بعد انعقاد الحوالة بايجاب المحيل وقبول المحتال واما رضى المحال عليه فهو امر
خارج عن مسمى الحوالة فلو وقع الاختلاف بين المحيل والمحتال لكان مدعي الصحة مقدماً على
مدعي الفساد لاصالة صحة ما وقع بينهما من العقد ولازمه شغل ذمة المحيل وثبوت دين
المحتال اما لو وقع بين المحيل والمحال عليه فلا وجه لتقديم قول المحيل ولاثبات مشغولية المحال
عليه لاصالة صحة العقد مع عدم وقوعه بينهما بل اصالة براءة ذمة المحال عليه سالمة عن معارضة
اصالة صحة الحوالة في حقه وهذا معروف مما في كلام الفاضل الشارح واستدلاله على رجوع المحال
عليه بما ادى من تعارض اصل البراءة وصحة الحوالة بتساقطهما ويبقى مع المحال عليه اداء دين

الحيل باذنه فيرجع عليه قال ولا يمنع وقوع الاذن في ضمان الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها لاتفاقهما على الاذن وانما اختلفا في امر آخر فان الميت يتوهما القضاء عليه اتفقا عليه من الاذن في الوفاء المقتضي للرجوع انتهى ووجه النظر فيه ثم فان اصالة الصحة لو ثبتت في المقام لم يكن الاصل البراءة بنهوض في معارضته على ان اللازم تحكيم اصل الصحة وانما نستقول الذمة على حسب ما يقتضيه اصالة الحوالة الوجه ما اشرنا اليه من ان اصالة الصحة في حق العامل لا يثبت الصحة في حق غيرها فلو انكر محترما وقع بينهما من الحوالة لحلو قصد من الدين لم يكن لاصل البراءة معارض اصلا وكان له الرجوع للاذن من الحيل ولو ادعى تقييدها بعقد حوالة صحيح ينكر المحال عليه صحتها فيوخذ بما اتفقا عليه من الاذن المقتضي للرجوع حتى يثبت تقييدها بالاستحق معه الرجوع

وهي التعهد بالنفس اي التزام احضار نفس وتسليمها الى المكفول له وقد اجمع العلماء عدا من شذ على مشروعيتها ودلت بعض النصوص على كراهتها وفي تعريف المصنف لها بالتعهد احتياط وانها اثر العقد ويحتمل انها نفس العقد الالتزام بالاحضار فهي من العقود اللازمة وان كان اثر اللزوم غير ظاهر في المكفول له حيث ان له ابراء الكفيل واسقاط حقه من الكفالة فينبغي ان يتصف العقد من قبله بالجواز كما يتصف بذلك عقد الرهانة من قبل المرتهن الا ان يدعى ان حق الاحضار بالكفالة متعلق الى الكفيل بحيث لو طلب المكفول له حضور المكفول لم تلزمه اجابته وليس للمكفول له فسخ ذلك ويمنع ثم وحيث انها من العقود اللازمة يعتبر في عقدها ما يعتبر في غيرها من العقود واقترانه الايجاب مع القبول والاحوط اعتبار الماضوية وان كان في تعيينه نظر بل الظ صحة الكفالة بالجملة الاسمية بان يقول انا كفيل او زعيم او ضامن لترادف هذه الالفاظ على نحو ما سبق من المسامحة في عقد الضمان وظ الاصحاب اختصاص الكفالة بالتعهد بالنفس احضارا او تسليما لكن في التحرير انها التعهد بالنفس غالبا فيحتمل ان الغالب فيه التعهد حيث انه فلا يلزم احضار النفس فيعم من غير تعهد كما لو خلص الغاصب من ايدي اولياء المقتول

مانه

فانه يتكفل باحضاره لو الدية كما سيأتي ويحتمل انه قيل النفس بناء على جواز التكفل بغيرها من الاعيان ايضا مضمونة كانت كالعين المغصوبة والمقبوضة بالسوم والعارية المضمونة او غير مضمونة بان يتكفل شيئا يجب احضاره للاشهاد عليه من كتاب او دابة او غير ذلك لكن في صحة الكفالة بغير النفس محل نظر ومنع لعدم عموم يشملها والاصل عدم الالزام والالتزام وان ظهر من العلامة جواز ذلك نعم لا يبعد جواز التكفل باحضار بدن الميت او الصبي او المجنون لاجل الشهادة على اعيانهم في صحة الكفالة ما ذكره العلامة في التذكرة حيث قال والضابط في ذلك ان نقول حاصل الكفالة البدنية التزام احضار المكفول ببدنه فكل من يلزمه احضاره او حضور مجلس الحاكم عند الاستدعاء او يستحق احضاره تجوز الكفالة ببدنه انتهى وعليه فيشكل فكل من عليه حق لادمي ماليا كان او غيره كالقصاص والزوجية ثابتا كان او غير معلوم الثبوت بل بمجرد الدعوى تصح كفالته لوجوب حضوره واحضاره عند الحاكم ولو لا اقامة الشهادة على شخص بالاتلاف ونحوه ولا يعتبر في الكفالة ان يكون الحق قابلا لنيابة الكفيل بدل المكفول نعم يعتبر ان لا يكون حدا ولو حد قذف كما هو المشهور لعموم ما ورد من قول امير المؤمنين ع لا كفالة في حد وعن ابن الجنيد المنع من الكفالة بنفس الحد وجوازها بنفس من عليه الحد ويظهر من التذكرة ان الحد اذا كان من حقوق الادميين كالقذف لم تصح الكفالة لكن تصح ببدن من يدعى عليه الحد لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدعي عليه حقه بالبينة او الاقرار وهو خلاف المفهوم من قوله ع لا كفالة في حد وخلاف ما ينبغي عليه الحدود من التخفيف في اثباتها وادرءوا الحدود بالشبهات فلا يقتضي ذلك عدم مشروعية التشديد على من يدعى عليه حدا بالكفالة باخذ الكفيل منه على احضاره عند الحاكم سواء كان الحد من حقوق الله كحد الزنا والسرقة والشرب او من حقوق الادميين كحد القذف واما صحة نفي الكفالة في الحد الى ارادة نفي ضمانه والالتزام به اما العدم قابليته للنيابة او لعدم جواز تاخيره والافضاء به حيث يثبت عند الحاكم فبعيد عن ظاهر النص والفتوى ويعتبر في الكفالة رضى الكفيل من غير خلاف للاجماع واصالة عدم اللزوم

والالتزام فيه وكذا رضى المكفول له لعدم تمامية عقد الكفالة بدون قبوله ولا ان الفضولي بركتها وعن بعض المخالفين عدم اعتبار رضاه معللا بانه التزام حق له من غير عوض ولا يعتبر الرضا في مقتضاه خروج الكفالة عن العقدية والا فمن كان القبول معتبرا في مسمى الكفالة فانه لا ينفك من اعتبار الرضا ولو قلنا بانتقال حق الاحضار عن المكفول له الى الكفيل فلا مناص عن اعتبار رضاه فان القول بعدم اعتباره غير منصور لان الحكم بالانتقال المذكور مما لا احد به مصرحا من الاصحاب بل ظاهرهم ان الكفالة لا تنافي بحال المكفول له كالرهانة في حق المرتهن والاصل عدم الالزام والالتزام واما رضى المكفول فالمشهور عدم اعتباره فيصح التبرع بالكفالة كما يصح التبرع بالضمان للاصل من غير معارض وعن الشيخ وجماعة منهم ابن ادريس والعلامة في التحرير اعتبار رضاه ايضا لان الكفيل اذا لم يرض لم تلزمه الكفالة اجابته للحضور فتبطل الكفالة لانها كفالة بغير المقدور فلا القدرة لكونه وفاء ولا مانع من التبرع بالوفاء وضمانه فائدة الكفالة غير منحصرة باحضار المكفول لتبطل بانتفاء حضوره بل من فوائدها تغريم المال مع امتناع الحضور كما سيأتي وح فلا مانع من كفالته بدون الاذن فان اجاب والا غرم الكفيل ما على المكفول من المال لو فلا يشكل ذلك في كفالة من عليه بعض الحقوق الغير القابلة للنيابة كالزوجية فينبغي اعتبار الاذن في مثلها مضافا الى ما قيل من ان منع لزوم اجابته لو كفله من غير اذن فان المكفول له اذا طالبه باحضاره وجب احضاره ووجب على المكفول الحضور لا من جهة الكفالة بل لان ذلك توكيل منه باحضاره فتلزمه اجابته اجابة الوكيل كما تلزمه اجابة الاصيل وهو حسن لكنه خروج عن محل البحث فان القدرة على احضاره بعد الوكالة لا تصير حضوره معدودا قبلها مع عدم القدرة على حضور المكفول ولا ينحصر فائدة الحضور بما اذا طلب المكفول له قبل ذلك بل اراد الكفيل الاعذار من الكفالة قبل الطلب على ان استفادة التوكيل من المطالبة بحضوره سيما اذا كانت المطالبة بجزء جهته من الكفالة لا باحضار المكفول فيه نظر وتصح حالة ومؤجلة الى اجل معلوم لا خلاف في صحة الكفالة مؤجلة بل عليه الاجماع نقلا مستفيضا

وفي صحتها

وفي صحتها قولان والمشهور الجواز للاصل والعموم وعن الشيخين في المقنعة ويه وابن حمزة وسلار وابن البراج المنع لعدم الارتفاق والفائدة بالحلول وضعفه ظ فان الحلول لا ينافيه كما وكما تصح مؤجلة فكذا تصح موقتة بان يكفله شهرا يعني التعهد باحضاره في المدة لا غير وتصح مؤجلة مطلقة فتنصرف الى الحلول كسائر العقود المطلقة وحيث تكون مؤجلة فلا بد من كون الاجل معلوما فلا تصح مع الجهالة المطلقة ولا مع الاجل المحتمل للزيادة والنقصان كقدوم الحاج ووقت الحصاد والجذاذ من غير خلاف اجده بيننا بل ظاهر التذكرة وغيرها الاجماع عليه لقاعدة الضرر وانما يعرف الخلاف في اغتفار الجهالة هنا لبعض المخالفين حملا على العارية وهو قياس مع الفارق في بينهما بالجواز واللزوم فان العقود اللازمة باسرها حتى الصلح القابل للمسامحة في الجملة للغرر غير قابلة للغرر الناشئ عن جهالة الاجل بالاتفاق على الظاهر وكما يعتبر تعيين الاجل فكذا يعتبر تعيين المكفول فلو ردد بين زيد وعمرو لم يصح سواء كان ترديدا بما بان يقصد الابهام المانع من تعلق العقد او تخييرا بان يكون مخيرا في تسليم ايهما شاء اما فان ذلك لتعلق العقد ايضا وان ناقش بعضهم هنا في الاخير الا انه الظ عدم الفرق بين الكفالة وغيرها في عدم صلاحية تعلقها على التخيير جهة ولذا احكموا ببطلان ما لو قال تكفلت بزيد فان لم احضره فبعمرو وان استشكله في القواعد ويصح في مقابلها العموم بان يتكفل كلهم بل يلزمه الحضور ويكتفى بالتعيين الواقع عن التعيين فلو تكفله المديون مع كونه واحدا صح ولا يكتفى بالا يؤول الى العلم فلو تكفل من يدخل الدار لم يصح وبعرف مما ذكرناه الحال في اعتبار تعيين الكفيل ايضا

ويبرأ الكفيل بتسليمه عند الاجل وفي الحلول متى شاء لا فرق في براءة الكفيل بين تسليم المكفول او تسليم المكفول نفسه او تسليم اجنبي له عن جهة الكفيل باذنه لحصول المقصود من الاحضار ولو سلم لا عن جهته لم يبرأ الكفيل ولو كان تسليمه عن جهته لا باذنه لم يلزم المكفول له القبول ولو قبل برئ الكفيل ولا فرق في براءة الكفيل بعد تسليمه بين تسلمه منه او امتناعه ولا يجب مع الامتناع دفعه

الى الحاكم ولا الاشهاد على امتناع القولين للاصل وفقدان ما يدل على لزوم ذلك الا ان المعتبر في التسليم المبرئ امران احدهما ان يكون تسليما موافقا لما يقتضيه اطلاق العقد او الشرط فان كانت الكفالة مطلقة او مشروطة بالحلول برئ بتسليمه متى شاء وان كانت مشروطة بالاجل لم يبرء الا بتسليمه بعد حلول الاجل فلو سلمه قبل حلوله لم يجب القبول ولم يبرء الكفيل الا اذا سلمه ولا فرق على الظاهر في عدم لزوم قبوله قبل الاجل بين ان يكون التاجيل لمصلحة كل من المكفول له والكفيل او لمصلحة المكفول له خاصة او لمصلحة الكفيل خاصة مع احتمال الاشكال في الاخير بل عن الشيخ والقاضي انه لو احضره الغريم على الاجل وجب على المكفول له تسلمه اذا كان لا ضرر عليه والمتجه عدم الوجوب مطلقا كما هو ظاهر المحقق وغيره لانحصار حق المؤجل والاصل عدم وجوب قبول غير الحق وفرض كونه مصلحة للكفيل لا يثبت انحصار الحق بما ذكر ودعوى ان الاجل اذا كان لمصلحة الكفيل كان الحق مختصا به فاذا اسقطه سقط وصارت الكفالة حالة ممنوعة لكون الاجل وان كان لمصلحة الكفيل فلا ينافي ثبوت الحق للمكفول له الثابت بعقد الكفالة فاذا اسقط الكفيل حقه لم يسقط حق المكفول له من التاجيل نظير المسلم فيه والدين المؤجل اذا دفعه من عليه الحق قبل حلول الاجل فانه لا يجب قبوله وان جاز قبله مع التراضي وكذا الحال لو كان التسليم مقيدا ببلد معين فانه لا يجب قبوله في غير ذلك البلد وان لم يكن على المكفول له ضرر بتسلمه خلافا للشيخ والقاضي ايضا فاوجبا قبوله حيث لا ضرر ولو لم يكن مقيدا ببلد فقد حكم الاصحاب بانصراف الاطلاق الى بلد العقد وهو متجه حيث لا يكونا في بلد غربة قد عزما على مفارقتها والا كان كما لو عقدا في برية ونحوها فيقوم احتمال بطلان العقد بدون تعيين محل التسليم ولو بالقرائن والامارات القاضية به واحتمال صحته والحمل على بلد الكفيل او المكفول له والتخيير فيبرئ بالتسليم في اي بلد شاء والفرق بين البلدان ومراعاة الاقرب الى البلد فان كان محل العقد اقرب الى بلد الكفيل حمل عليها وان كان اقرب الى بلد المكفول له حمل عليها ايضا والاقرب الرجوع الى ما تقتضيه الامارات العادية والعرفية وان انتفت فله

المطالبة

٩٣

المطالبة بعد حلول الاجل حيث شاء على نحو المطالبة بالدين ثانيهما ان يكون تسليما تاما بان لا يكون هناك مانع من تسلمه من يد متغلب وحبس ظالم او كونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة المكفول وضعف المكفول له اما لو كان في حبس حاكم الشرع فلا مانع من احضاره فان ادى ما عليه والا حبس على الحق ولو امتنع فللمستحق طلب حبسه حتى يحضره او يؤدي ما عليه لا ريب في ان امتناع الكفيل من احضار المكفول مع قدرته عليه موجب لاستحقاق حبسه وعقوبته على الاحضار كما في كل ممتنع من اداء الحقوق والنصوص بذلك وامير المؤمنين الذي علي عليه السلام عما ذكر من خبر الاصبغ وخبر اسحق وغيرهما من الاخبار المتضمنة ان امير المؤمنين عليه السلام حبس الكفيل وقال له اطلب صاحبك واما تخيير الكفيل بين الاحضار ودفع ما عليه من الحق المكفول به مع وجوب القبول على المكفول له احد الامرين من الكفيل الكفيل كما هو المحكي عن الشيخ وهو ظاهر المحقق والمصنف فيما لا دليل عليه اذ ليس ضمان المال وتاديته من مقتضيات عقد الكفالة بل انما تعلق بها التعهد بالنفس واحضارها الحق باحضارها من غير التزام بالمال كما هو ظاهر ما اشرنا اليه من النصوص القاضية بحبسه على الاحضار من غير تعرض للتخيير بينه وبين دفع المال وما ورد في بعض النصوص من الكفالة بلا عن امره فقد اشرنا الى ان المراد من الكفالة مطلق الضمان المتناول للضمان بالمال لا المعنى الاخص مع ان دعوى كونه من مقتضيات الكفالة ينافيه حكمهم بسقوط الكفالة لو مات المكفول له قبل حضوره فانه تعذر احد الفردين المخير بينهما لا يقتضي السقوط بل يتعين الفرد الاخر كما انه ينافيه ايضا ما سيشير من الفرق بين تقدم عقد الكفالة على عقد المال ضمانه وبين تقدم الضمان عليه حيث حكوا في الاول بالزام بالنفس ابدا وفي الثاني بضمان المال الذي يحضره فلو كان ضمان المال من مقتضيات عقد الكفالة لم يكن فرق بين الصورتين كما لا يخفى ومما قد يتخيل من ان تأديته المال وان لم يكن من مقتضيات الكفالة الا ان الكفيل اذا تبرع بادائه وجب على المكفول له القبول لكونه المتبرع وفاء الدين فيجب على الديان القبول ويتجه ما ذكر من التخيير ففيه ان هذا مبني على وجوب قبول وفاء الدين من كل متبرع بوفائه

ولا دليل عليه بل صرح العلامة وغيره في مقام اخر بعدم وجوب الحق من لا حق عليه كما هو مقتضى الاصل والحاق المتبرع بالمديون في وجوب قبول ما بيده قد يكون قياسا مع الفارق حيث ان المديون لا يتمكن من فراغ ذمته الا بتشخيص ذلك الدين فيتخصص حق الديان به فيجب قبوله واما المتبرع فليس في ذمته ما يتخصص فلا يتخصص الحق به ولا يجب قبوله عن الحق ودعوى صدق الوفاء بذل المتبرع قبل قبول المستحق ممنوعة ومع التسليم فيمنع وجوب قبول كل وفاء وان الاقتصار على المدعى هذا اذا كان الحق المكفول به مما يمكن اداؤه عن المكفول كالدين ونحوه اما لو لم يكن كذلك كالكفالة في حد او تعزير او قصاص او زوجية ونحوها فلا اشكال في انحصار الحق بالاحضار فيجب مع الامكان ويسقط مع التعذر ولو كان له بدل اضطراري كالدية في القتل عمدا او مهر مثل الزوجة على الاقرب خلافا لما يظهر من الفاضل الخادم مع ان الزامه بالبدل لو تعذر عليه الاحضار مبني على ان ذلك من لوازم الكفالة كما ان من لوازمها تادية الدين في كفالة المديون اذا تعذر احضاره على الكفيل وسيأتي شكل انتقال الحق الى البدل الاضطراري لو تعذر على الكفيل الاحضار لعدم معلومية ثبوته على غير المكفول والاصل براءة ذمة الكفيل منه سيما لو كان الاحضار معذورا لمجيء المكفول له دون الكفيل فان حق المكفول له لم ينتقل الى البدل فكيف يلزم به الكفيل ودعوى ان ذلك من لوازم الكفالة في حيز المنع وان قلنا بان الكفيل مكلف بالمال حيث يكون الحق مالا مع ان الظاهر ما عرفت من ان الكفيل غير مكلف الا بالاحضار ولا يكلف بالمال امكن الاحضار او تعذر ولعل الذي امر بالمال ان تعذر الاحضار عليه وان لم يكن مكلفا به مع الامكان بدعوى ان ذلك من لوازم الكفالة ومقتضياتها بعيد جدا لان عقد الكفالة لم يقتض سوى التكليف بالاحضار ولم يتكفل الكفيل بالمال اصلا ودا ... فان تعذر الاحضار لتعذر الحضور كما لو مات المكفول بطلت الكفالة من غير خلاف بل ادعى في التذكرة الاجماع عليه ولا يلزم باحضاره ميتا كما سيأتي التنبيه عليه في كلام المصنف وان تعذر الاحضار بغير الموت من غيبة منقطعة او هرب ونحوهما يكلف الكفيل احضاره للتعذر

فيحتمل

٩٤

ويحتمل بطلان الكفالة كما في الموت ويحتمل الصبر الى حين التمكن وهو الاقرب واما احتمال الالزام بالمال كما عليه العلامة في القواعد والمحقق الثاني في جامع المقاصد فانما يتم لو كان الكفيل مكلفا بالمال تخييرا او ترتيبا كما يظهر من القواعد اما بناء على ما اخترناه والمحقق الثاني تبعا للفقيه من عدم تكليفه بغير الاحضار فلا يتم لدعوى الانتقال الى المال مع تعذر الاحضار كما لا يخفى وكيفما كان فلو ادى الكفيل ما على المكفول فان كفل بغير اذنه او باذنه امكن الاحضار او تعذر الا مع الاذن بالتادية او التصريح بالرجوع اليه عليه او مع الاطلاق على الظاهر ويحتمل الرجوع لو كفل باذنه والزمناه مع الغيبة المنقطعة والهرب بتبعيته في البلاد واستقصاء اثره لو خلده في الحبس فادى لدفع هذا الضرر عن نفسه لاستناد هذا الضرر الى ذمته في الكفالة فيثبت الرجوع لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ولاحتمال ماله وعدم صدق التبرع على مثله واما على القول بتكليفه بالمال تخييرا او ترتيبا فلا اشكال في رجوعه مع الاذن بالتادية مطلقا وان كفل بغير اذنه والفرق بينه وبين الضامن حيث يتبرع بالضمان وباذن له المضمون عنه بالتادية ظاهر حيث ان المضمون عنه قد صار بالضمان كالاجنبي الاذن لمن عليه الدين بادائه وبينه بخلاف المكفول فان الدين لم ينتقل عنه بالكفالة فاذنه بالتادية عنه تقتضيه للرجوع عليه وكما لا اشكال في عدم رجوعه لو لم ياذن له بالكفالة ولا بالتادية ولو اذن له بالكفالة دون التادية فان تمكن من الاحضار فلا رجوع له عليه وعدم اشتغال ذمته وان قلنا بتخييره في طلب البراءة من الكفالة وان تعذر الاحضار ففي الروضة انه له الرجوع لكون الرجوع من لوازم الكفالة والاذن فيها اذن في لوازمها ايضا ولو علق الكفالة بطلت وكذا الضمان والحوالة لا اشكال في ان عقود الضمان المذكورة كغيرها من العقود اللازمة مرعية بالنسبة للتعليق على امر مترقب شرطا كان وهو ما احتمل وقوعه وعدمه او صفة وهو ما كان متيقن الحصول كالتعليق على طلوع الشمس قبل طلوعها لمنافاة ذلك للتنجيز المعتبر في انشاء العقود وللشك في شمول الاطلاقات الادلة لما كان معلقا على مشكوك الحصول نعم لو كان حاصلا حين التعليق وهو عالم بحصوله فيعد الجواز لانتفاء التعليق حقيقة

ثم لو قال ان لم احضره الى كذا كان علي كذا صحت الكفالة ابدا ولا يلزم المال المشروط ولو
قال علي كذا ان لم احضره لزمه ما اشترط من المال ان لم يحضره المستفاد من العبارة وكلام الاكثر الاصحاب
صحة الكفالة خاصة دون التعهد بالمال ان تقدم الشرط وهو عدم احضار المكفول وصحتهما معا
ان تأخر الشرط ويظهر من عبارة الشرائع والقواعد صحة التعهد بالمال خاصة مع تقدم شرط
الشرط ونظر العلامة في المخ في هذه المسألة وحكى عن ابن الجنيد ان الكفيل لو قال علي مال فلان عليه
الى يوم كذا وانا كفيل بنفسه صح الضمان على الكفيل بالنفس والمال وان لم يؤده المطلوب الى الطالب
وان قدم الكفالة بالنفس وقال انه فان جاء بمالك عليه والا فانا ضامن للمال صحت الكفالة
بالنفس وبطل الضمان للمال وجعل في المخ هذا القول انسب مع انه ربما رجع الى مقالة الاكثر و
مستند المشهور موثقة ابي العباس عن الصادق ع في الرجل يكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يأت به فعليه
كذا وكذا درهما قال ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم
فان ابدأ بالدراهم فهو لها وان لم يأت به الى الاجل الذي اجله وموثقة الاخرى في رجل كفل
الرجل بنفس رجل وقال ان جئت به والا عليك خمسمائة درهم كذا في الكافي وفي بعض نسخ
يب علي خمسمائة فقال ع عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال علي خمسمائة درهم ان
لم ادفعه اليه قال تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه الا ان الحكم مع ذلك لا يخلو من اشكال من
حيث مخالفته بظاهره للقواعد الشرعية والعربية لنص العرف بين تقدم الجزاء على الشرط
وتقدم الشرط على الجزاء مع التهجي لا فارق بينهما واقتضائه الجمع بين ضمان المال المكفول عليه
والكفالة مع ان صحة احدهما تقتضي بطلان الاخر واقتضائه صحة الضمان المعلق على شرط
مع ان الضمان لا يقبل التعليق وصحة الكفالة بغير عقد بمجرد قوله ان لم احضره مع ان الكفالة
من العقود اللازمة ومع ذلك فالمستند غير واضح الدلالة على المدعى لعدم معلومية كون
المال فيه هو مال الكفالة او جعلا جعله الكفيل على نفسه بل العله ظاهر في الثاني فيكون
التزاما بغير ملزم به شرعا ولظهور الموثقة الثانية على نسخة الكافي ان الملزم بالمال

مع تقديم

مع تقديم الشرط وهو المكفول له مع تأخره هو الكفيل ويمكن ارجاع الموثقة الاولى اليه ايضا فلعل
صحة الكفالة خاصة مع تقديم الشرط لعدم التزام الكفيل به بغير ملزم شرعا من ضمان او اشتراط
على نفسه لا من حيث تقدم الشرط وتأخره واحتمل في المسالك دلالة النص على اتحاد الحكم في المسألتين
لانه قال في الاولى ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو يعطي بمفهومه على ان عليه المال اذا لم
يأت به الى الاجل وان كان لا يخلو ما فيه من التكلف والتعسف واحتمل بعض الافاضل دلالة النص
على الفرق بين اطلاق عقد الكفالة واشتراط ضمان مال الكفالة اذا لم يحضر المكفول الى الاجل
ومن قوله ع الا ان يبدأ بالدراهم من البدءة بمعنى الاعطاء والاتيان لا من البداية بمعنى التقديم
وهو بعيد جدا الا انه مع انه الزام في الصورة بما ليس على المكفول فلا يلزم المال اجماعا او في
الثانية الزام بما عليه فيكون ضامنا له ان لم يحضره ولا يخفى بعده ايضا ولولا اشتهار الحكم
في المسألتين واسنادها الاصحاب الى الخبرين وعمل من لا يعمل الا بالقطعيات بهما كابن ادريس
ونقل الاجماع عليه في جامع المقاصد وغاية المرام للصيمري والمهذب وحواشي المحقق على ما
حكي عن الاخوين لكان اطراح النص المذكور لاجماله ومخالفته للقواعد الشرعية والعربية متجها
وان حاول في جامع المقاصد ارجاعه الى القاعدة بجعل الشرط في لزوم المال اذا قدمه براءة
ذمة المضمون عنه فتمنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه متعلقا على
شرط باطلا ولما فات الضمان صحت الكفالة وهذا الترجيح على ان اللازم في الثانية بطلان الكفالة
كما قد يظهر من الشرائع والقواعد وهو خلاف ما عليه الاصحاب بعد ان المال المعين هو مال الكفالة
خاصة وهو غير مستفاد من الفتوى والنص بل ظاهر بعض فتاوى بعض الاصحاب ان المعين ان
كان هو مال الكفالة صح ضمانه اذا لم يحضر المكفول وان تقدم الشرط كابن زهرة في الغنية
فانه قال ولا يجب عليه المال الا ان يتكفل و لو قال ان لم ات به في وقت كذا فعلي ما يثبت عليه لزمه
ذلك ان لم يحضره بحضرته حقا كان او دينا بدليل الاجماع ولانه قد تكفل بما في ذمته فلزمه
اداؤه انتهى وهو كالصريح في ضمان مال الكفالة عند الاجل مع تقدم الشرط وذهب جمع الى ذكره

فانه بعد ان ذكر حكم المسألتين على نحو ما ذكره الاصحاب ناسبا ذلك الى رواية على ما حكي عن
بعض العامة انه لو تكفل برجل الى اجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه لم تصح الكفالة ولا يلزمه
ما عليه وكذا لو قال متى لم احضره كان علي كذا وكذا وحكى عن آخرين صحة الكفالة ولزوم المال
ان لم يأت به مع القول بان هذا موجب الكفالة ومقتضاها يصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت
كذا والا فلك حبسي قال ولا بأس به عندي انتهى ملخصا وهو كما ترى كالصريح في عدم
ما يعتبر تقدم الشرط من لزوم الكفالة مال لو اشترطه وهو متجه بناء على ان لزومه مع الاخ
والتعذر من مقتضيات الكفالة لكونه لازما مع الاطلاق فكيف لا يلزم مع التقييد والاشتراط
ولا اثر لتقدم الشرط وتأخره في مثله اما بناء على المختار من ان الكفالة لا تقتضي سوى الالزام
بالاحضار والبدن فلا فرق بين مال الكفالة وغيره فان كان التعليق على الشرط مما ينافي
ضمانه منع مطلقا تقدم الشرط او تأخر والا لم يمنع مطلقا فلا يظهر وجه لما ذكروه في جامع المقاصد
من الشرط فانه حكم ببراءة ذمة المضمون عنه مع تقديم المال انما يتم لو لم يكن الضمان معلقا
على الشرط المتأخر والغرض انه معلق عليه والاكتفاء في صحته بتقدمه وان كان معلقا ارجع
الى ما يحكى عن ابن ادريس من ان الفارق بين المسألتين هو نفس البداءة في الضمان بالاحضار
والبداءة بعقد الكفالة في الاخرى مما وقع بنفس الدعوى كما قيل ويمكن ان يقال ان الضمان الذي
لا يصح تعليقه على شرط هو ما كان عقدا معتبرا لنقل مال من ذمة الى ذمة وليس منه ما نحن
فيه وانما هو ايجاب المال بالشرط على نفسه عند عدم الاحضار سواء كان ثابتا في ذمة
المكفول او لم يكن فمثله لا يأبى التعليق بل هو تابع للشرط الملزم على نحو الالتزام بالعهد
والنذر ونحوهما مما هو قابل للتعليق ويبقى الاشكال في عدم الالتزام به مع تقديم شرط عدم
الاحضار ولعله لان النص عليه على ثبوت الكفالة دونه ولعل السر فيه ان ايجابا بالكفيل
بعد عقد الكفالة شيئا على نفسه ان لم يحضر المكفول ظاهر في ان المقصود صحة الكفالة وان ما
ذكره من التعهد بالمال انما هو لتأكيد الحجر على نفسه وتفويت حق الاحضار عليه طلبا

لاطمئنان

لاطمئنان المكفول له فلا ضمان لانتفاء العقد والقصد وعدم صراحة العبارة في ارادته بخلاف ما
بدء بالمال فانه ظاهر في كونه هو المقصود بالاصالة وان التكفل بالنفس تأكيدا لحصوله كما هو
المتعارف في الخطابات العرفية ولعل ابن ادريس لحظ ذلك ففرق بما اشار اليه وعلى اي تقدير
فليس في الحكم في المسألتين على ما قرره كثير مخالفة للقواعد الشرعية فلا مانع من العمل به لاعتبار
النص واعتضاده بالشهرة ودعوى الاجماع   ويحصل الكفالة باطلاق الغريم من المستحق قهرا
اللازم من حصول الكفالة هنا ترتب احكامها ولوازمها من الزام المطلق للغريم من يد المستحق قهرا باحضاره
او اداء ما عليه والا فلا كفالة حقيقة اذ لا عقد ولا قصد والظ انه لا خلاف بينهم في حصول الكفالة
القهرية بالتخليص من المستحق قهرا بل في غاية المرام للصيمري ان المسألة اجماعية ولولا الاجماع لا
شكل ثبوت هذا الحكم لعدم المدرك من النص والقاعدة وان استدلوا اليه بما ورد في تخليص القاتل
من ايدي الاولياء والى قاعدة لا ضرر ولا ضرار ودعوى شمول على اليد ما اخذت حتى تؤدي لمثله
وانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق او
التي لمكان فان الحاق بالنصوص من غرائب القياس ونفي الضرر والضرار لا يستلزم ضمان ما
ليس من الاموال كما ان مورد الغصب والاتلاف والاخذ هو المال فلا يشمل تخليص الحر من يد المستحق
عليه مطالبته بالحق ومما يترتب عليه فالعمدة في اثبات الحكم هو ما سمعته من دعوى الاجماع وح
فاللازم الاقتصار في الضمين على محل اليقين وهو ما اذا كان المخلص مكلفا ممنوعا من التخليص
شرعا فلو كان صبيا او مجنونا ونحوهما فلا ضمان او ليست الكفالة هنا من خطاب الاسباب ولو
كان التخليص واجبا كخوف على الغريم القتل من غير استحقاقه او اداء تخليصه لنفقة غريقا او
حريقا ونحو ذلك فلا ضمان ايضا لما ذكرنا ولا فرق في التخليص المعتبر بين اطلاقه من يده او
يد وكيله او يد كفيل الغريم او من سجنه وبيته او سجن الحاكم ايضا كما لا فرق بين اطلاقه بيده
او بأعوانه طفل او مجنون او حيوان او نحو ذلك لضعف المباشر ونسبة الاطلاق اليه بالتسبب
وكذا لا فرق في الاطلاق بين كونه بالالجاء او بالتسهيل بيده على علمه مع ظن الخوف ولا يلحق بالاطلاق

منه من يتعين حقه من الغريم واستيفائه منه والقول بثبوت التخيير لهذا الكفيل بين احضار الغريم وتأدية
الحق وان قلنا بتعيين الاحضار في الكفيل الاختياري وعدم الاكتفاء بوفاء المال لا ذاك الا مع التراضي
كما هو المختار ومع تعذر الاحضار كما هو اختيار الفاضل الشارح على ما سبق لاصالة البراءة من تعيين
الاحضار ولاندفاع الضرر بأداء الحق للاجماع المنقول على ذلك فيه ولا علاوة له سوى مدرك لهذه الكفالة
سوى الاجماع كما قد عرفت ومنه يظهر ضعف ما في المسالك من انه ينبغي ان يكون الحكم هنا كما سلف
في الكفيل الممتنع من التسليم للمكفول وطالب بالتسليم مع الامكان لان يعوض التخيير البدل عوض
من عدم اتحاد مدرك الكفالتين بل تسمية هذا النوع كفالة من المجاز والمعلوم ثبوته هو التخيير
بين الامرين ولذا ذهب الى من عين على الكفيل الاحضار كالعلامة في التذكرة وغيره وحيث يؤدي
فليس له الرجوع بما اداه تماما لم يكن الاداء باذن الغريم كما صرح به جماعة ومقتضاه الرجوع مع
الاذن بالتأدية وهو كذلك مع فرض تمكنه من الاحضار واما مع فرض تعذر الاحضار والبدء واختار
الحق بالتأدية فقد يشكل الرجوع عليه وان اذن بها لكونه غير الاذن للمديون بأداء دينه كما
يشكل في عدم الرجوع مع عدم الاذن بالتأدية اذا اذن له بالتخليص لكون الاذن في الملزوم اذنا
باللازم ولقاعدة احترام المال بل في التذكرة وغاية المرام ما ظاهره الرجوع عليه مطلقا ويمكن
حمله على صورة الاذن بالتخليص   فلو كان الغريم قاتلا لزمه احضاره او الدية لا فرق بين كون
القاتل عمدا او سهوا شبه عمد الا ان التخيير بين الاحضار والدية في الاول لا يخلو عن اشكال اذ لا
بدل للقصاص مع الامكان الا مع التراضي وحينئذ فصاحب الحق على الحاكم فلا يلزم الا باحضار القاتل
مع الامكان نعم لو تعذر الاحضار بموت وشبهه الزم بالدية لوجوبها في مال الجاني القاتل
حيث يتعذر القصاص وللحسن كالصحيح عن حريز عن الصادق عليه السلام في رجل قتل رجلا عمدا فرفع الى
الوالي فدفعه الوالي الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء
قال ارى ان يحبسوا الذين خلصوا القاتل من ايدي الاولياء حتى يأتوا بالقاتل قيل فان
مات القاتل وهم في السجن قال وان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى اولياء المقتول لكن

ظاهر الاصحاب هو التخيير ابتداء بين الاحضار والدية بل في غاية المرام ان المسألة اجماعية فان
تم الاجماع كان الاقتصار فيما خالف الاصل على مورد النص متعينا فلو دفع الدية مع التخيير ثم تمكن
الولي من القاتل جاز قتله ووجب رد الدية الى المخلص مطلقا قتله او لم يقتله لعفو او المال عوضا عنه
لمكان الحيلولة وقد ذهب فيجب رده الا مع الاكتفاء لو تراضى الولي والمخلص بالمدفوع عوضا عما في ذمة
القاتل لم يكن للولي الرجوع على الولي بشيء لسقوط حقه ولا للمخلص الرجوع بما اداه له الا ان لم
باذن القاتل بالتأدية ولو كان المدفوع من الدية لمكان الحيلولة ففي غاية المرام يجوز للمخلص الرجوع
على الاول تخلصه قصاصا ولعل الاظهر العدم ان لم يكن تخليصه بالاذن من القاتل ولو دفع
الدية لتعذر الاحضار كان دفعه للحيلولة ولا رجوع له بالمدفوع الا مع الاذن بتخليصه على
الاظهر   ولو غاب المكفول انظر الكفيل بعد الحلول بمقدار الذهاب اليه والاياب اذا كانت
غايته او حل اجلها ولم يكن المكفول حاضرا امهل الكفيل باحضاره مدة ذهابه اليه وايابه
ان علم موضعه سواء كان على مسافة القصر او دونها ولا يحبس في الحال اذا مضى قدر ذلك
ولم يأت به من غير عذر حبس بلا خلاف اجده بين الاصحاب بل في التذكرة انه عليه عامة
اهل العلم اما لو لم يعرف موضعه لم يكلف احضاره لعدم امكانه واحتمال الحبس الى
ان يؤدي نفسه بالاداء قال بعض من التسلم او اذن ما ادى الحال الى تخليده بالحبس لعدم
تمكنه من الفداء او لعدم قبوله منه وهو حرج في الشريعة منفي عقلا ونقلا نعم يحتمل الزامه
بالمال او الاحضار بناء على تخيير الكفيل بينهما ابتداء ولعله ذهب الى العلامة في القواعد
لبنائه على التخيير وقد فرق في جامع المقاصد مطلقا بما يفيد تخيير الكفيل وانه مقتضى الكفالة
والاصل بقاؤه وان الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من
عليه استوفى من الوثيقة مع انه صرح فيما تقدم بتعين الاحضار على الكفيل وعدم التخيير فلعله
عدول عما تقدم والتنظير بالرهن في غير محله لكون الكفيل وثيقة على حضور المكفول
لا على نفس الحق بخلاف الرهن ومن الغريب اختيار الشارح هنا عدم التطبيق باحضاره

وانه لا شيء عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر في الاحضار مع انه قد سلف له انه لو تعذر الاحضار
وادى لم يكن له الرجوع مع اذنه بالكفالة لكون الاذن بالشيء اذنا في لوازمه ومقتضاه لزوم المال
هنا لكونه من لوازم الكفالة مع تعذر الاحضار فلعل الاقرب لزوم الغير لا اوجه في الاحضار التمكن
ويحتمل بطلان الكفالة الحاقا للغيبة المنقطعة بالموت وقد مر سبق التنبيه عليه فيما تقدم ويعرف
الاطلاق الى موضع التسليم في موضع العقد ولو عين غيره لزم وقد سبق التنبيه عليه وتحقيق الحال
فيه عند شرح قوله ويبرأ الكفيل بتسليمه عند الاجل او في الحلول متى شاء فلا نطيل   ولو
قال الكفيل لا حق لك فالقول قول المكفول له وحلف المستحق وكذا لو قال الكفيل ابرأته فلو لم
يحلف ورد اليمين عليه يحلف برئ من الكفالة والمال بحاله نعم لو حلف المكفول برئ اذا ادعى الكفيل
ما يقتضي بطلان الكفالة او انفساخها بعد انعقادها على وجه ما فالقول قول المكفول له تقديما
لمدعي الصحة على مدعي الفساد حيث يكون الاختلاف فيما يقتضيه كان يقول الكفيل لا حق لك من
حين الكفالة ويحكيها لا اصالة بقاء الحق حيث يكون الاختلاف فيما يوجب انفساخ الكفالة
من اداء او ابراء ولا بينة للكفيل ولا ريب في توقف قبوله على بينة حيث يدعي الكفيل سقوط
الحق لعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر اما لو ادعى انتفاء الحق حين الكفالة ففي مجمع
البرهان تقديم قول المكفول له من غير يمين وكانه لحظ ان اتفاقهما على عقد الكفالة يوجب تصديق
الكفيل واقراره بثبوت الحق لكونه من لوازم الكفالة والاطلاق منزل على الصحيح فلا مقتضى لليمين
وهو متجه لو لم نعد الدعوى الى فساد العقد وعدم فساده وان المكفول له منكر بهذا الاعتبار
فلا يقبل الا باليمين وكيف كان فلو حلف المكفول له الزم الكفيل احضاره فان تعذر لم يثبت عليه
مال بمجرد الحلف بناء على الزامه بالمال مع التعذر لان الثابت بالحلف صحة الكفالة ويكفي
فيها توجه الدعوى خاصة وان كان قد ادعى على المكفول المال الا ان يقيم بينة عليه عند
الحاكم ويعترف الكفيل بثبوته حين الكفالة ويدعي سقوطه باداء او ابراء فيلزمه لكن
لا يرجع على المكفول لاعترافه ببراءة ذمته وانه مظلوم باخذه منه ولو احضر المكفول بعد

حلف المكفول له فادعى البراءة لم تسقط دعواه بحلفه للكفيل لانه يمينه لاثبات الكفالة وهذه دعوى
اخرى ولو رد المكفول له اليمين على الكفيل فحلف برئ من الكفالة ولم يبرأ المكفول من المال لاختلاف
الدعويين ولو ادعى المكفول البراءة فحلف اليمين المردودة برئ الكفيل والمكفول وكذا لو حلف المكفول
ولو نكل المكفول له عن اليمين ان لم نقض عليه بالنكول   ولو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم احدهما
الاكتفاء بتسليم احدهما مذهب الفاضلين ومن تأخر استنادا الى ان المقصود من الكفالة حضوره
وتسلمه وقد حصل كما لو سلم نفسه او سلمه اجنبي وذهب الشيخ وجماعة الى عدم الاكتفاء به للاصل وان
الكفيلين كالرهنين اذا فك احدهما لم ينفك الآخر وموضع الخلاف ما اذا تكفل كل من الاثنين بعقد على
الاستقلال اما لو تكفلا على وجه الانضمام بان يكونا معا بمنزلة الكفيل الواحد فلا اشكال في الاكتفاء
بتسليم احدهما لكون الواجب احضار واحد وقد حصل وما اذا سلمه احد الكفيلين عن نفسه او اطلق
لانصراف الاطلاق الى تسليمه عن نفسه اما اذا سلمه عن صاحبه فلا اشكال في الاكتفاء به عنه اذ لا ينقص
تسليم احد الكفيلين عن تسليم الاجنبي عن الكفيل بل ينبغي على مذهب الشيخ بقاء المسلم خاصة في
عهدة الكفالة ولعل الاقرب ما عليه المصنف والجماعة من الاكتفاء بتسليم احد الكفيلين مطلقا سواء
قصد عن نفسه او عن الآخر او لم يقصد لوجوب الاحضار وكفايته على كل من الكفيلين فاذا اتى به احدهما
سقط عن الآخر ولا مدخلية لاعتبار كونه عن نفسه او غيره وان اعتبرنا نية التسليم عن الكفيل في تسليم
الاجنبي ثم   ولو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه اليهما معا بلا اشكال فيه ولا خلاف
ان كانت الكفالة على حق متعدد لكونه بمنزلة حقين ومنافاة للشخصين فادى دين احدهما فانه
لا يبرأ من دين الآخر اما لو كانت على حق واحد ففي الاكتفاء بتسليمه لاحدهما مع لزوم تسليمه
الى المجموع   ويصح التعبير بالبدن والرأس والوجه دون اليد والرجل كما يصح التعبير في عقد
الكفالة بالنفس والذات والبدن ونحوها مما يستفاد منه ارادة الجملة من اسم او وصف او نسب فكذا
يصح التعبير ببعض الاجزاء التي يطلق على الجملة اطلاقا شائعا كالرأس والوجه وان كان اطلاقه
على نفس العضو هو الاشهر بل ربما كان هو الحقيقة الآن وبشرط الحال والحمل على الصحة مهما

امكن مع شيوع الاطلاق على الجملة حتى كان يكون حقيقة كاف في تنزيل مثل ذلك على ارادة الجملة
ويحقق الصراحة المعتبرة في نفس العقد وضعفه ولذا لم نقف على منشئ صحة التعبير بذلك في الكفالة
قبل الفاضل الشارح ولعله في محله ونحو الرأس والوجه العين بان يقول تكفلت عينه زيد
لو تقضي ارادة الذات منها لكان وضوحها تاكيدا وانما الكلام فيما عدا ذلك من الاعضاء فان كانت
مما تبقى الحيوة بدونه كاليد والرجل فيبقى الجزم بعدم الصحة لعدم اطلاقها على الجملة اطلاقا شايعا
على قانون اللغة ولا تكفي القرينة مع عدم قابلية اللفظ وعدم استلزام احضارها الحضور للجملة
ولامكان انفصالها مع بقاء الحيوة وورد في القواعد من ذلك ومن ان احضارها على حقيقتها
غير ممكن بدون احضار الجميع وضعفه ظ واما ما لا تبقى الحيوة بدونه كالقلب والكبد والجزء
الشايع كالثلث والربع فقد الحقه جماعة بالرأس والوجه في الصحة معللين بعدم امكان احضار
الجزء الآتي من الجملة فيسري الى المجموع ونظر فيه المحقق الثاني والفاضل الشارح بان المطلوب في
الكفالة هو المجموع فلا يكفي تعلقها بالبعض وان توقف احضاره على المجموع لان الكلام ليس في مجرد
الاحضار بل على وجه الكفالة الصحيحة وهو في محله واذا ادعى صحة الكفالة بما يستلزم احضاره
المعقد عليه ولو من باب المقدمة لعدم معلومية ذلك شرعا والعقود متلقاة من الشارع فلا يعم
الحكم بعضها مثل هذه المناسبات ولو فرض اطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازا لم يكن كافيا
لكونه غير متعارف لغة وعرفا   ولو مات المكفول بطلت الا في الشهادة على عينه بان لا يعرف او
المعامل له بطلان الكفالة بموت المكفول في الجملة مما لا خلاف فيه بل في ظ التذكرة وصريح
الغنية الاجماع عليه بل لا محيص عن البطلان حيث يكون الغرض من الكفالة تحصيل ما عليه من الحق
منه لخروجه عن القابلية والزام الكفيل باحضاره ميتا سفه نعم فلا يعقل بقاء الكفالة
الكفيل بالمال مبنيا على القول بتخيير الكفيل بالمال مخيرا بينه وبين الاحضار او بعد تعذر
الاحضار الا ان الظ من الاصحاب الاجماع على بطلان الكفالة مط الا حيث يكون الغرض
منها الاشهاد على عينه بلا خلاف لو معاملته لعدم معرفة الشهود باسمه ونسبه ففي لزوم احضاره
ميتا

ميتا قولان مبنيان على جواز كفالة بدن الميت ابتداء للاشهاد وعدمه فجوازها على الجواز
ويحمل اطلاق كفالة الحي منصرفا الى ما هو المعتاد من احضاره حيا مطلقا او حيث لا يكون الغرض هو
الاشهاد وقد سبق التصريح بان الاصح جواز كفالة بدن الميت لفائدة الاشهاد وعلى فرض الجواز
فيمكن استدامة الصحة فيما لو كفله حيا فمات لتعلق الكفالة ابتداء بالحي واما انصراف الاطلاق
الى احضاره في حال الحيوة فمسلم حيث لا يكون الغرض هو الاشهاد على البدن والا فالاشهاد عليه
وينزل على ارادة حضوره مطلقا ويحتمل التفصيل بين التعبير عن المكفول بحضوره او حضور نفسه
والتعبير بحضور بدنه فيلزم احضاره ميتا على الثاني دون الاول بل احتمل الفاضل الشارح ذلك
في مطلق الكفالة وانه لم تكن للاشهاد واحتمل فيما لو تكفل به ان البناء على ان الانسان ما هو
فان كان الهيكل المحسوس لزم احضاره ميتا والا فلا والوجه عدم الفرق بين التعبير بالبدن وغيره
وانه لا مدخلية هنا لكون الانسان هو الهيكل المحسوس او غيره في الاطلاق
كفالة الحي انما ينصرف الى احضاره حيا ما لم يكن الحق هو الاشهاد
على عينه والا وجب احضاره ميتا للاشهاد عليه ولو
بعد دفنه بناء على عدم تحريم النبش لفائدة
الاشهاد فقد تم كتاب الكفالة
ويتلوه كتاب الصلح
انشاء الله

بسم الله الرحمن الرحيم   المراد به عقد شرع لنقل الاعيان والمنافع والحقوق والاسقاط
الحقوق وما في الذمم واشتهر تعريفه بانه عقد شرع لقطع التجاذب ومقتضاه اعتبار
سبق الخصومة فيه وعليه كما ذهب اليه بعض العامة لاشعار لفظ الصلح به ولوروده في محل الخصومة
في الآيات المستدل بها على مشروعيته وعن هنا لكنه خلاف ما عليه اصحابنا واكثر المخالفين
من جوازه مط لعموم الاخبار الناصة بجوازه كالنبوية المروية من طرق العامة والخاصة واورده ما في الغنية

ومنها ان الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وفي الصحيح عن الصادق ع قال الصلح
جائز بين المسلمين وفي آخر عنه ع في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه
فلا باس وغير ذلك من الاخبار المفيدة لجوازه ويؤكده ما سيجيء من اتفاقهم على جوازه مع الاقرار او لا
خصومة حتى يراد قطعها به فيمكن ان يراد من قولهم شرع لقطع التجاذب بيان وجه الحكمة في اصل
مشروعيته وان لم يكن علة يجب اطرادها في موارده على نحو مراعاة المشقة في التعجيل والاستبراء
الرحم في العدة ونقصان القيمة في العيب ونحوها مما يؤول الحد الى ما ذكر وانه شرع لقطع الخصومة
الا انه لا دليل على اشتراطها فيه والاصل عدم الاشتراط وما في الرياض من ان لفظ الصلح وان اشعر
بوقوع منازعة لكن لا يتعين كونها سابقة بل يصح اطلاقه بالاضافة الى دفع منازعة محتملة
والاحتياج والشاد اليها لا ينافي ذلك الا ان اتفاق الاصحاب قضى بجوازه وان لم تكن هناك منازعة لا
سابقة ولا متوقعة فلعل مبرة ان فيه من التكلف ما لا يخفى   وهو جائز مع الاقرار والانكار
لا خلاف في جواز الصلح مع الاقرار ولا في جوازه مع الانكار الا من بعض العامة فمنع منه معللا
بانه صالح على ما لم يثبت فيكون كبيع مال الغير والقياس فاسد مع عدم ما كان بطريق المعاوضة على
بدل المتملك اما لو صالح المنكر المدعي على اسقاط الدعوى او على اسقاط اليمين عنه فلا يجري ما ذكره
من التعليل فيه ومع ذلك يمنع المعاوضة على ما لم يثبت بل هو الصلح لقطع الخصومات ودفع التجاذب
نعم لا يبعد كونه مع احتمال الثبوت واشتباه الواقع مصادرة على المدعي سيما بعد ما علم من مشروعية
الصلح لقطع الخصومات ودفع التجاذب نعم لا يبعد كون الصحة مع الانكار ظاهرية كما
صرح بذلك جماعة منهم المصنف والفاضل الشارح وغيرهما بمعنى الحكم على المتصالحين باستحقاق
العوضين ظاهرا واما في الباطن فلا يحل للمبطل منهما ما دفع اليه بعقد الصلح سواء كان على العين المدعى
بها او على اسقاط الدعوى واليمين فلو كان المنكر محقا وصالح المدعي على شيء لم يحل له ما
دفعه عوضا عن العين او عن اسقاط دعواه الكاذبة او اليمين من غير حق لعدم استحقاق العوض
فلا يستحق المحق العوض ولكونه اكل مال بالباطل وتجارة عن غير تراض ولو كان المدعي محقا لم يحل
للمنكر

للمنكر ما عنده من مال المدعي سواء علم المدعي بذلك حتى اولا وسواء ابتدا بطلب الصلح اولا وسواء كان المدعى
به من جنس العوض ام لا لانه ربما توصل بالصلح الى استيفاء بعض ماله والاستنقاذ من العين بمقدار
ما دفع لفساد المعاوضة في نفس الامر الا ان يفرض رضى المدعي باطنا بالصلح فيصح وح فلا بد من العلم
برضاه باطنا والا فقرينة الحال تقضي بعدم الرضا فلو ادعى عدم الرضا صدق للظهور الا
ولو كان الصلح على دفع الخصومة او على دفع اليمين لم تحل العين قطعا لعدم الملازمة بين الامرين فلو
اتلفها بعد ذلك وجب ايصالها الى المدعي فلو ردها عليه لم يلزم رد ما اخذه عوضا عن الصلح عن
اليمين او اسقاط الدعوى ويحتمل لزوم الرد لان ذلك من المعاوضات المترتبة على استيفاء الحق في
الجملة فلو رد الحق اليه من غير استرجاع ما دفعه عوضا لادى الى الجمع بين العوض والمعوض وهل له
المقاصة بالعين بعد الصلح او يجري الصلح مجرى يمين المنكر في امتناع المقاصة وجهان اظهرهما الثاني
لان الصلح عليه استيفاء لليمين التي جعلها الشارع عوضا عن الدعوى واستيفاء الحق بالمقاصة
ولو توجهت اليمين الى المنكر لتوجه الدعوى بالتهمة او بالقرينة كوجود المدعي بخطه مع ثبوت انه لم يحضا
على احد فصالح عن اليمين بشيء فانكشف بطلان الدعوى ففي نفوذ الصلح وبقاء صحته وجهان ظ
الفاضل الشارح في الروضة والمسالك ذلك الحكم بصحة الصلح ههنا باطنا وان لم يصح كله فيما لو
علم المدعي قبل الصلح بالبطلان معللا بان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها وفي جامع المقاصد
انه ليس ببعيد الا ان الصواب صحته ظاهرا وما في نفس الامر تابع لصحة الدعوى وعدمها ويحتمل الصحة
مط لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ولعل الاظهر نفوذ الصلح وعدم بقائه مراعى بصحة
الدعوى لاصالة الصحة واستصحابها وانتفاء المقتضي للمراعاة سوى استبعاد استحقاق
مال على دعوى يثبت فسادها وهو في غير محله لان حق اليمين الثابت لمن حين التهمة ثابت في
الظ وفي نفس الامر فاذا صالح على اسقاطه كان عوضا عنه مستحقا له ولا ملازمة بينه وبين
صحة الدعوى واقعا فتم   الا ما احل حراما او حرم حلالا هذا اللفظ مما سمعته من الحديث
النبوي وقد ورد نحوه في الشروط وربما يوهم بذلك اجمال المستثنى من حيث احتمال ارادة

ماعن حكي الحلال والحرام على وجه الابداع في الدين او استثناء ذلك باعتبار الفعل كالصلح على عكرئ
ان يشرب الخمر او لا يأكل اللحم لحم الضأن او استثناء ما احل وحرم في خصوص الصلح باعتبار الغاية
ما جعله الشارع مصححا له او اعمال ما جعله الشارع مفسدا كالصلح على ما لا منفعة فيه اصلا
وعلى المجهول بسم او على المجهول قدره عند المستحق خاصة ومنه صلح المنكر على بعض المدعى او منفعته
او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى لكونه محللا للحرام بالنسبة الى الكاذب ومحرما
للحلال بالنسبة الى المحق ولا منافي في استثنائه الحكم بصحته ظاهرا لكون المراد من المستثنى منه
هو الصحة في نفس الامر فيكون استثناء متصلا لا منقطعا وربما احتمل ارادة استثناء ما افضى
فيه الغاية المحرمة او علم الغاية المحللة كالصلح على العنب بشرط ان يجعله خمرا او لا يجعل
حلالا والاظهر ارادة جميع ذلك من هذا الاستثناء فيكون المراد استثناء كل صلح استلزم تحريم
حلال او تحليل حرام سواء كان ذلك بداع في الدين او للمنافي المقتضي لعلل الكتاب والسنة ومن ثم
وورد في الشروط نادرة استثناء ما احل حراما او حرم حلالا واخرى استثناء ما خالف
الكتاب لان مؤدى الجميع واحد او الصلح بمنزلة الشرط في ذلك وغيره فليتدبر فيلزم
بالايجاب والقبول الصادرين من الكامل لا ريب في لزوم عقد الصلح بناء على استقلاله
لاصالة اللزوم في العقود اما بناء على فرعيته فهو تابع لغيره لزوما وجوازا والمراد من الايجاب
والقبول ما الحق وقبلت ولو من المتعاقدين الابتداء بلفظ صالحت فيقبل الآخر ويعتبر
في عقده ما يعتبر في غيره من العقود اللازمة من العربية والصراحة والماضوية والترتيب
وعدم الفصل المخل ولا يكتفى بالكتابة ولا بالفعل والاشارة والكناية كما يعتبر في متعاقديه
ما يعتبر في غيره من البلوغ والعقل والقصد والاختيار وهو اصل في نفسه على الاصح
القولين القول باعتبار هذا الشرط واستقلاله هو المعروف بين الاصحاب حتى كاد يكون اجماعا
بل لم يحك في المخ خلاف فيه لغيره الا عن موضع في ط وانه قال بعدهم باستقلاله انه
بل في التذكرة كما عن السرائر الاجماع عليه وعلى فرعيته فيه نقل عن الشيخ انه تارة فرع

البيع

١٠١

البيع خاصة وانه فرع عقود خمسة البيع والاجارة والهبة والابراء والعارية كما يحكى عن الشيخ
الشافعي لافادته فائدتها ولا شبهة في مخالفته للاصل وما سمعته من الاجماع وظواهر ادلته العقود
الصلح لعدم اختصاصه بافادته فائدة البيع او فائدة العقود الخمسة بل يقوم مقام غيرها من العقود
المالية كالمضاربة والمزارعة والمساقاة وغيرها كما ستعلم والتوام في غيرها وغيره في مقام
واستقلاله في آخر جواز من القول ولا انه حيث يكون في مقام البيع لا يعتبر فيه جميع ما يعتبر في
البيع وغيرها اجماعا واستثناء اللازم دليل استثناء الملزوم والاستثناء الا انه مفيد
فائدة البيع والعقود المذكورة لا يقتضي بالايجاب مع اختلاف عناوين الكلام الاحكام والآثار
وحينئذ تكون الهبة المعوضة بيعا لافادتها فائدة البيع ولا يكون طلبه اقرارا اي لا يكون طلب
الصلح من المنكر اقرارا باستحقاق المدعي لان الصلح قد يراد به المعاوضة تارة وقد يراد به
قطع الخصومة اخرى وانما يفيد الاقرار اذا اراد الاول فاذا الطلب بطريق لم يدل على احدهما
فلا يفيد الاقرار كما لو قال صالحني عن الدعوى اما لو قال صالحني عن العين المدعى بها ففي كونه
اقرارا وجهين لزمها لو قال ملكني او بعني وعدمه لاحتمال ارادة الصلح عليها لقطع النزاع الا
بطلب التمليك وجهان اظهرهما الثاني بل لا احد فيه خلافا الا بين اصحابنا الا من العلامة في المخ
فاختار انه اقرار كما هو احد وجهي الشافعية واصحهما عندهم عدم افادته الاقرار كما هو المشهور
وهو الاصح ومما ذكرناه يعرف ان ما ذكره في الروضة هنا منظور فيه لانه قال ان المعتبر بهذا
مما الحكم على خلاف بعض العامة الذاهب الى عدم صحته مع الانكار حيث فرع عليه ان طلبه
اقرار لان اطلاقه ينصرف الى الصحيح وانما يصح مع الاقرار فيكون مستلزما له انتهى اذ لا يخفى
ما فيه بعد ملاحظة ما حررناه فان تفريع الحكم بانه اقرار على ما ذكره من عدم جواز الصلح
مع الانكار مما لا قول له في كلام الشافعي الذاهب الى ذلك وانما فرعه على ما ذكرنا ولذا ذهب
في المخ الى انه اقرار مع مصيره الى جواز الصلح مع الانكار والاقرار مع ان موجبه على
ما ذكره ما لا يتم ايضا فان مما سمعه الشافعي من الصلح مع الانكار انما هو صلح المعاوضة

لا مطلق الصلح فلو طلب الصلح كان منزلا على الصحيح جزما الا ان في كونه هو الصلح على قطع النزاع فلا
يفيد الاقرار او صلح المعاوضة فيفيده ما عرفت من الخلاف ولو اصطلح الشريكان على
اخذ احدهما رأس المال والباقي للآخر ربح او خسر صح عند انقضاء الشركة وان شرطه في ابتدائها
ففيه نظر لا خلاف اما جواز صلح الشريكين على ما ذكر عند انقضاء الشركة وارادة فسخها بل الظاهر
مما لا خلاف فيه لظاهر العموم ادلته والخصوص ما ورد فيه من النصوص كصحيح الحلبي عن الصادق في
في رجلين اشتركا في مال فربحا وكان من المال دين وعليهما دين فقال لصاحبه اعطني رأس المال
ولك الربح وعليك التوى فقال لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد الى
كتاب الله عز وجل ونحوه الصحيح الآخر والمرسل بعينه وبه السؤال ولا يخل بالمقصود والمراد من
الاشتراط فيهما المصالحة على ذلك لفهم الاصحاب وبه القرينة عدم الانضمام الى عقد واما
وجه النظر في جوازه لو وقع الصلح في اثناء الشركة وارادة بقائها فمن عموم الصلح واطلاق
ما اشرنا اليه من النصوص الواردة بجوازه ومن انه مخالف لوضع الشركة المبنية على التساوي
في الربح والخسران فيدخل الصلح على خلاف مقتضاها فيما احل حراما وحرم حلالا ولعل الا
الجواز لان اقتضاء عقد الشركة لتبعية الربح والخسران لرأس المال لا ينافي جواز نقل الربح
المتجدد الى الشريك بالتزام آخر من عقد صلح ونحوه كما لا ينافي في التزام الشريك برد تمام
رأس مال الشريك الآخر وضمانه في حال الشركة بالصلح في مقابلة ما استحقه من تملك
تمام الربح اذا حصل فان نحو هذا الصلح شاملة لمثل ذلك جزما باعتبار افادته فائدة الهبة
والاباحة والابراء ونحو فتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هي عليه
بمنزلة الابراء ولا منافاة فيه لمقتضى عقد الشركة اصلا ولا يخفى انه لو صح نقل تمام الربح و
تملكه صلحا لصح بالشرط ايضا مع ان المشهور المنع من اشتراط احد الشريكين في عقد الشركة
التفاضل بالربح او الاختصاص بالخسران مع ان ما تقدم منا نه يمنافاته لمقتضى العقد للمنع من على
صحة اشتراط ذلك فقد ذهب الى جوازه المرتضى والعلامة والد وجمع من المحققين كما

سنعلم

١٠٢

سنعلم في محله لعين ما ذكرناه في الصلح فان تمليك ما هو مجانا بالشرط مما لا منافاة فيه للعقد
المفيد لملك الربح وتبعيته لرأس المال وعلى فرض المنافاة كما هو المشهور فيمكن دعوى اختصاص الطلان
بالشرط من حيث كونه في متن عقد الشركة المقتضي بخلاف ما اعتبر فيه عقود اعتباره الى العقد
بالنقص كاشتراط ان لا يملك في عقد البيع بخلاف الصلح فانه متجدد بعد انعقاد الشركة وامتزاج
المالين فلا مانع من نقل احدهما ما يستحقه في ماله من الربح المتجدد الى الآخر بالصلح
مجانا او اباحته له وح فلا فرق في جواز الصلح المذكور بين وقوع الصلح في ابتداء الشركة
بعد انعقادها قبل العمل او بعده قبل ظهور الربح او بعده قبل انتهاء الشركة وارادة فسخها او بعد
ذلك ولو صالحه عما يستحق من رأس ماله وربحه بعقده ورأس المال في ذمته فلا اشكال في الجواز
لانقطاع الشركة وجريانه على قاعدة الصلح كما لا اشكال في جوازه عند انتهاء الشركة وارادة الفسخ
وان كان المصالح يرضى بقدر رأس المال لكنها معروفا في مال الشركة لا في ذمته اذ لا يخفى ذلك
عن الصلح باحد العينين عنهما بعد اعترافه بهما وانما الاشكال في الصلح بذلك مع وجود بقاء
الشركة في المال والعامل والمجد الجواز ايضا للعموم والخصوص النادرين ايضا فانهما باطلا فيما
منا ولم تجمع الخصوص النادرين وودعوى انصرافهما الى خصوص ما اذا انتهت الشركة واراد فسخها
لعرينة قوله في السؤال وبها وقوله واعطني رأس المال كما ادعاه السيد في الرياض ممنوع عند
لعدم صلاحية ما ذكره قرينة على ذلك بل في قوله ولك الربح وعليك التوى قرينة على بقاء
الشركة اذ لولا ذلك لم يكن لاشتراط التوى عليه محل او لاحتمال دفع مع فرض ظهور الربح حين الصلح
كما هو مقتضى السؤال فلذا اطلق الحكم بالصحة هنا اكثر الاصحاب ولم يعرف التقييد بما ذكر
لغير المتن فليتدبر ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة لاستناد عموم الصلح واستمرار
مواده في الاخبار والفتاوى به صحة تعلقه بالاعيان والمنافع والاعمال والديون والحقوق
فيصح الصلح على العين بمثلها وبعضها وبالدين والمنفعة والحق وعلى المنفعة ببعضها وعلى
المنفعة بمثلها وبعضها وبالدين والعين والحق وعلى الحق بمثله وان منع منه في الغاية بعضهم

وبالعيوب المنفعة والحق وهكذا فلما كان قائماً مقام البيع وان لم يجر عليه احكامه من الخيارات المختصة به
كخيار المجلس والحيوان ولزوم التقابض في الصرف ونحو ذلك السلم وقياساً
الهبة والاجارة والعارية والابراء وسائر العقود المالية من مضاربة ومزارعة ومساقاة
وجعالة وان لم يثبت له ما يثبت لبعضها من الجواز لاستقلاله وعلى موضعه والتمسك تعلق بكل
حق يصح نقله واسقاطه والغالب في الحقوق صحة اسقاطها خاصة كحق الشفعة وحق التحجير وحق
السبق الى الوقف والمباحات وغيرها وقد يشك في تعلقه ببعض الحقوق كالصلح على اسقاط حق
القذف وحق الغيبة وحق الرجوع بالطلاق والرجوع بالبذل وحق الاولوية في الانتفاع
ونحو ذلك والتمسك تعلقه بكل ما صح اسقاطه مجاناً بغير عوض وان الاصل في غير الحقوق
الا الهبة جواز اسقاطها الا ما قام الاجماع على عدم سقوطه بالاسقاط وكما يصح قيام
الصلح مقام العقود المالية فكذا يصح مع الانشاءات على الانشاء بها وعلى صحتها فيكون
بمنزلة الجعالة اللازمة ولا يصح على ترتب آثار العقود من غير الانشاء بها كان يصالحه على
ان يكون بيعاً او موقوفاً او نحو ذلك بل يكون ذلك من تحليل الحرام ومخالف الكتاب وهل
يصح الصلح على اسقاط الدعوى بالقسم بالله في غير مجلس الحكم او بالرسول صلى الله عليه وآله او باحد الائمة
او الاولياء وجهان في النظر لعدم صلاحية اليمين المذكورة للنقل والانتقال والمعاوضة
عليها بالمال بل ربما كانت محرمة حيث يكون المدعي محقاً عالماً بكذب المنكر وحنثه بيمينه
ومن ان يمين المنكر على من له الحلوف لربما ينتفع به المدعي لطلب الاستيفاء واحتمال
الاقرار من المنكر تحاشياً عن اليمين الكاذبة او برجاء الانتقام منه مع الكذب في العاجل
والآجل فلا مانع من جواز الصلح على مثله عملاً بعموم الصلح في كل ما لا يؤدي الى تحليل
الحرام وكون اليمين في نفس الامر محرمة حيث يكون كاذباً مع عدم العلم بكذبه لا يبعد على
البطلان لصحة الصلح ظاهراً مع اشتباه الحال وعدمها بعلم وان كان فاسداً في نفس
الامر كما في صلح كل مدع ومنكر حيث يكون احدهما محقاً والآخر مبطلاً ولو في نفس

الدعوى بسبب التهمة والقرينة فصالح على سقوطها باليمين المذكورة فلا اشكال في عدم بطلان
هذه الحيثية ولو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصلح لانما فات سبب الحكم ببطلان الصلح
لفساد عوضه المعين والحكم بصحته من غير عوض حيث يقوم مقام الهبة والعارية لان المعتبر في صحته
الرضا والقرض عدم حصوله فيما اخذ فيه العوض المعين الا بالعوض فاذا ظهر فساده لعدم استحقاقه
لكونه حراً او خمراً او مثلاً وجب الحكم بالبطلان اولاً تراضي بدونه اما لو كان العوض مطلقاً فظهر ان
المدفوع وجب بدله كما في البيع ولو ظهر فيه عيب تخير بالفسخ ولا بطلان وفي ثبوت الارش كما
في البيع وجهان اقواهما العدم للاصل واستقلال الصلح وعدم الدليل على ثبوته منه وبطلان القياس
والدفاع الضرر بالفسخ كالبيع ثبوت كل خيار يثبت في البيع فيه الا ما اختص دليله في البيع كخيار
المجلس والحيوان فيثبت فيه خيار العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط واشتراط الخيار الا اذا
اريد بالصلح اسقاطها الغبن الغرائب الحالية والمقالية ولا يعتبر في الصلح على النقدين
القبض في المجلس فلا اشرنا الى ان الصلح عقد مستقل برأسه فلا يعتبر فيه ما اعتبر في خصوص
البيع من التقابض في المجلس اذا كان البيع والثمن من النقدين او قبض الثمن خاصة ان كان سلماً
ولا غير ذلك مما اعتبر في البيع ويجيء على قول الشيخ من تفريعه على البيع اعتبار جميع
شرائط البيع فيه عدا المعلومية فانه لا خلاف في اغتفار جهالة المصالح عنه اذا
لم يكن معرفته كما طفحت به فتاوى الاصحاب بل في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عليه
لا قدراً ولا جنساً بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه او جهلاه دينا
كان او عيناً سواء كان ارشاً او اتلافاً او غيره عند علمائنا اجمع استناداً الى عموم قوله
الصلح جائز بين المسلمين وخصوص الصحيح في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه
لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك
ولي ما عندي قال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت به انفسهما والى ان اطلاق الاذن اصلح
العقلاء موجب ان يكون لرفع الغرر والاطلاق الا الصلح فيكون واجباً ان يكون شاملاً

والا للزوم الحرج والضيق في الاحكام وهو منفي شرعاً فاذا ترتب في من الجهالة ما يعتذر معه
ندره في الحال لفقد الميزان والمكيال ونحو ذلك في الجواز اذا استلزم الحاجة الى المعاملة
وبتعذر في الحال وهو ضعيف اذ لا عبرة بحسب الحاجة اليه ما لم يؤد الى الضرر والحرج
ولا حرج بالتأخير الى حين التمكن من التقدير مع ان الحاجة قد تندفع بغير الصلح الذي
لا يعتبر فيه التقدير كالمعاطاة والهبة المعوضة فان الاحتياج الى الهبة المعاملة
ما الاحتياج الى ابرائه الذمة والخلاص من الحق الذي لا طريق اليه سوى الصلح غير متجه وبناء
يظهر ضعف ما عليه جمع من متأخري الاصحاب من اغتفار الجهالة لو تعذر او وصفاً بالصلح
مع امكان معرفته او تعذرت مع الاحتياج الى النقل والانتقال وعدم امكان الا على عموم
ما سمعته من النصوص والفتاوى فان عموم الصلح وجوازه معارض بعموم النهي عن الغرر
الحكم في امثاله من عموم البيع وعموم الاجارة وغيرهما وان كان بينهما العموم من وجه لقوة
ادلة الغرر واعتضادها واعتضادها بعمل الاصحاب في كل ما لا دليل على اغتفار الجهالة
فيه من المعاوضات ودعوى اختصاص النهي عن الغرر بالبيع والحاق غيره للاجماع
في حيز المنع لورود النهي عنه مطلقاً تارة ومقيداً بالبيع اخرى مع عدم صلاحيته للتقييد
لعدم المنافاة بينهما فالغرر محرم مطلقاً كشرب الخمر فيكون الصلح المشتمل من المحلل للحرام و
قد عرفت استثناء غيره من العوضات المذكورة فلا يصار اليه الا فيما لا يندفع الحاجة به وبه
كصلح المخاصمين على شيء لا يمكن معرفته اصلاً حتى لو علم احدهما لم يجز الصلح اذا كان
الحاصل هو المستحق من غير خلاف فتوى وفتوى لجمع على بن حمزة فلك لابي الحسن عليه السلام يهودي
او نصراني كان له عندي اربعة الاف درهم فهلك ايجوز لي ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان
فقال لا يجوز حتى تخبرهم وفي صحيح عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام اذا كان للرجل على الرجل دين
فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء حتى مات ولم يقبض عنه فهو كله للذي باخذه به
نعم لو كان المصالح به قد رحقه مع وضع تعيينه جاز الا ان الغرض وصول الحق الا انه

بالصلح التي شرعت الجهالة فيه معه لما اختلف الحال فيه بين جهل المتعاقدين او احدهما في انه
الموجب لاغتفارها مع جهلها مما اشرنا اليه من الحرج والضرر الذي لا يندفع بدون الصلح وليس
في فتاوى الاصحاب ما ينافي ذلك بل هي بين ظاهر في اغتفار الجهالة التي يمكن المعرفة معها كعبارة
التذكرة والشرائع والقواعد ونحوها مما وقع فيها اغتفارها مطلقاً ما جهله المتداعيان جنساً و
قدراً وبين صريح في تقييد الاغتفار بما اذا لم يمكن معرفة المصالح عنه كعبارة التحرير والمسالك
وغيرهما ويكشف عن ذلك ما سمعته من تعليلهم الجواز بمسيس الحاجة والحاق بين الحاجة والحرج
المتن والفاضل الشارح الاحتياج الى المعاملة مع فقد الميزان والمكيال ونحو ذلك على وجه يظهر
منها التردد في الالحاق والجزم بعدم الحاق غير ذلك كصورة امكان الاستعلام في الحال و
يتبعهم له افضا وهم على اغتفار جهالة المصالح عنه دون المصالح به المقيد في بعضها والمهم يكون
معلوماً بل ظاهرهم المفروغية عنه من اعتبار معلوميته حتى حكى في التذكرة عن الشافعي الاجماع
على اعتبار معلومية المصالح عنه بالقياس على اعتبارها في المصالح به وبالجملة فنسبة الاقوال
للجهالة على الاطلاق الى فتاوى الاصحاب ومعاقد الاجماعات مجاز ظاهر بل لم اقف على مصرح
باغتفارها كذلك الى زمن الفاضل والشارح فلو ادعى مدعى الاجماع على عدم اغتفارها
مع عدم مسيس الحاجة لم يكن بعيداً ولو اتلف عليه ثوباً يساوي درهماً فصالح على
اكثر او اقل فالمشهور الصحة نسبة الى المشهور ثم ذكر بعد ذلك فيها بل عن الشيخ في الخلاف
وفي المنع من الصلح على الاكثر معللاً في ط بكونه ربا ثم قوى الجواز فيه وفي ط انه معللاً بكون الصلح
ليس بيعاً بل هو عقد قائم بنفسه والاظهر ما عليه المشهور من الجواز لاختصاص الربا في البيع
لما تقدم من عمومه لسائر المعاوضات بل المنع تحقق الربا في مثله فان الواجب في الذمة بالاتلاف
الثوب نفس الثوب مما ثالثه او الحقيقي او العرفي والانتقال الى القيمة حين الدفع لمكان التعذر
على نحو دفع الغاصب القيمة في مقام الحيلولة فالصلح انما يقع عن الثوب او عن ما ثاله المتعذر
ولا عين فيه فلا محل للربا وظاهر ضمان القيمة يقتضي انتقالها الى الذمة حين التلف لم يجر الطلاق

اما مع الجهل بالاقل فلكونه من صلح الحطيطة المنفي للربا لامن الزائد لو كان عليه الفان فصالحه الغريم
على الف منها نقدا وهو الجواز وافتى به الاصحاب اذ لا اعطاء منه ضمنه ولذا هو بمعنى الابراء نعم لو صالحه
على الاكثر مما كانت ضمنه درهم فصالحه بدرهمين كان صلحا معاوضة فيقتضي الربا ولا يكون الزائد
هبة لعدم قيام الصلح مقام الهبة الا في صلح الحطيطة المتعلق بالعين ويظهر من بعض الافاضل المنع
لزوم الربا في الصلح بالاقل ايضا والاكثر وان قلنا بكون الثابت في الذمة هو القيمة تبعا على جبر مالية
القيمة موجودة بين الدراهم والدنانير فلا تختص قيمة الثوب بالدرهم فالصلح انما يقع عن قيمته الكلية
لا عن خصوص الدرهم فلا يلزم الربا وهو عجيب فان المرجع بها القيمة الا ما تعارف بين الناس من
تقويم المتلفات فما كان قيمته درهما او درهمان لا يقوم الا بهما لا بما يقابل ذلك من جنس الذهب
او لا مسكوك فيكون المعامل من الذهب بهذا القدر وكون الدرهم والدرهمين عشر قيمة الدينار المسكوك
مثلا لا يجعل القيمة احد عشر الدينار على الاشاعة موضع الثوب التالف نحوه مما يتعين تقويمه
بالدرهم او الدرهمين ولا احتمال فيه لاعتبار القيمة كلية وعلى فرض كليتها كما يتفق في بعض القرى ونحو
نحو ما كان يسوى دينارا او عشرة دراهم التي هي قيمة الدينار ايضا ولم يكن احد النقدين هو الغالب
في البلد والآن فالعبرة بما خلا بعده لزوم الربا ايضا لو صالح على الاكثر من دينار او اكثر من عشرة دراهم
لان الكلي المنتزع هنا ما لا يتحقق له الا في ضمن واحد منهما ولا مرجح لاحدهما على الآخر فالزيادة
متحققة والمجانسة الجنسية المسوغة للتفاضل غير معلومة وهو كاف في تحقق الربا فتامل
ولو صالح منكر الدار على سكنى المدعي سنة صح منهما ولو اقر بها ثم صالحه على سكنى المقر صح
ايضا ولا رجوع وعلى القول بعرية العارية له الرجوع الظاهر انه لا خلاف في جواز هذا الصلح
وافادته فائدة العارية في الاستيلاء على المنفعة بغير عوض حقيقي من انتقال المنفعة اليه
ولا في في ذلك بين كون المصالح هو المنكر او المقر له المالك للعين بظاهر اليد والاقرار والمنفعة
تابعة لها وله ان ينقلها الى خصمه بالصلح عن العين وان كان العوض والمعوض عن واحد ولا
معاوضة حقيقية بل هي معاوضة صورية الا انها صحيحة لاندراجها في عمومات الصلح ولو

بعوضه قيم العقود او تسالمهم على صحتها وافادتها فائدة العارية في تمليك المنفعة مجانا الا ان المشهور
انه عقد لازم لاستقلال الصلح وعدم فرعيته على غيره فلا رجوع للمالك بها وعلى قول الشيخ بانه
فرع عليه له الرجوع وعلى تقدير ما مر والمستفاد من كلماتهم في المقام توقف هذا الصلح على سبق
نزاع بين المتصالحين ليتحقق مقر ومنكر فلا يصح ابتداء بان يقول صالحتك عن داري بمنفعتها سنة
اشكال وكذا الحال فيما اذا ادعاه المفيد للهبة او الابراء ولكن الفارق بين المتنازعين وغيرهما مع
الدعوى في العين بالدعوى في صورة الانكار وثبتت المقر بها بالجحود والتنازع في صورة الاقرار
والمعاملة هنا صورية فيكتفى فيها بهذا القدر ولا ينبغي ذكر العوضين وان كانا من واحد تصحيحا
لصورة المعاملة واحتمال جواز هذا الصلح وان تجرد عن سبق الخصومة وعدم ذكر المصالح عنه ايضا
بان يقول صالحتك على سكنى منفعة داري سنة بعيد عن الاعتبار وظاهر الفتاوي المصرح المحكي
في جملة منها بكون الصلح من عقود المعاوضات حتى ارسل ذلك في جامع المقاصد ارسال المسلمات
وجعل في التذكرة انه كان الصلح ابتداء المتصالحان والمتصالح عنه والمصالح به ومقتضى ذلك عدم
الاكتفاء الا بما كان على وجه المعاوضة الحقيقية الآن الجمع بينه وبين ما سمعته من اتفاقهم
على افادته العارية والهبة والابراء يقتضي مراعاة الصورة ايضا وانما خالف الاصل على منع
الوفاق ولو صالح المقر عن العين بمنفعتها وضم اليه شيئا صح الصلح وكان بمنزلة الهبة ولو صالح
المنكر او المقر له عن منفعة الدار سنة بشيء آخر صح وكان بمنزلة الاجارة ولما كان الصلح
مشروعا لقطع التجاذب ذكر جملة احكام من التنازع ويعترف بعضها الى المسائل الاولى لو كان بيد
رجلين درهمان فادعاهما احدهما وادعى الآخر احدهما خاصة فللثاني نصف درهم وللاول الباقي
فلا جرت عادة الاصحاب بذكر مسائل في باب الصلح لا ربط لها به ومناسبتها للصلح القضاء
او التهجم منها ما لو كان درهمان بيد رجلين فادعاهما جميعا احدهما وادعى الآخر واحدا
منهما فقد حكم الاصحاب بان لمدعي الجميع واحدا ونصفا ولمدعي الواحد نصفا نظرا الى
ان الراد احدهما بعدم استحقاق شيء منهما واحدا بوجه تختص المنازع فيه على ما في

والثاوي فيه دعوى وبذا فاحق بالتنصيف بينهما مضافا الى خبر التصريح كمرسل عبد الله ابن المغيرة عن
واحد من اصحابنا عن الصادق عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال
الآخر هما بيني وبينك فقال اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له
فيه شيء وانه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ونحوه مرسل محمد بن ابي حمزة ولا يقدح الارسال
لانجباره بالشهرة وغيرها وظاهر اطلاق النص والفتوى عدم الفرق في ذلك بين دعوى احد
الدرهمين معينا او مشاعا بل ربما كان ظاهرا في دعوى المشاع لكن الحكم بالنصف في المعين جار
على مقتضى القواعد الشرعية حيث ان اليد القاضية بالتنصيف في كل منهما او تقع حكمهما عن واحد
منهما بالاقرار وادعي حكم اليدين في الآخر على ما كان اما لو كان المقر به لواحد منهما مشاعا
فان الاقرار لا يكون واضحا لا تقتضيه يد المقر من استحقاق النصف في كل منهما مشاعا مثل
يثبت لمقتضاه اليد باستحقاق النصف في كل منهما على الاشاعة وح فيكون من دعوى الآخر الجميع
يقتضي ادعاء ما في يد الآخر من النصف المشاع ويتوجه اليمين عليه بذلك الحلف فيستحق الدرهمين
بعد الحلف بالمناصفة فلذا استشكل المقدس في شرح الارشاد ما في الرواية والفتوى من ان للثاني
نصف درهم وللاول الباقي قال ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا فانه يقوى القسمة
نصفين ويحلف الاول وكذا كل مشاع انتهى وهو في محله بل ربما قيل انه مما لا خلاف
فيه في باب الدعاوي وعليه فالنص المذكور اما منزل على المعين او على التعبد فنقتصر
فيه على مورده من الرجلين والدرهمين ولا نتعدى الى غيره فلا ينقح المناط القطعي على نحو
ما يستفاد منه وفي اكثر الفتاوي من التعبد في الحكم بنصف الدرهم الواحد بينهما من غير يمين
ولا طلب اجابة لمجرد الصلح القهري ولعل السر في ايراد الاصحاب لهذه المسئلة في باب
الصلح مراعاة القاعدة تقتضي المخالفة في المقام وعدم التنصيف الا بعد حلفهما او
نكولهما قال في التذكرة بعد فرض المسئلة في دعوى احدهما الدرهمين
والآخر اشتراكهما والاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق النصف

الآخر الذي تصادقا عليه دعواها فيه ومن نكل منهما قضي به للآخر ولو نكلا جميعا او حلفا قسم بينهما نصفين
واستحسنه الفاضل الشارح في المسالك بل جزم به في الروضة ولا يظهر فيه خلاف فيما تقتضيه القاعدة لولا
ظهور النص والفتوى بالتعبد في التنصيف لشمول صورة الاشاعة والبناء والقضاء اليمين وبما
كان منعقدا على ما حكاه له بعض افاضل العصر من جعل الحكم بالتنصيف لاحد الدرهمين ولو مشاعا على
القاعدة بناء منه على ان اليدين واستيلاء الرجلين على المال المحكوم لكل منهما لزم القضاء باليد في المقام
وصار المال المحكوم بالاستحقاق لاحد والآخر في مثله نصف المال نصفين وقطع الدعوى انه كالصلح
القهري لان النصف يقتضي يد احدهما حتى يكون بالنسبة منكرا الى الآخر فيحلف له حيث يكون الاقرار
بالدرهم المشاع وبحال القاعدة حيث يكون الاقرار بالعين وكما ترى فان الحكم بالقضاء باليدين المشتبهتين
بالعين مخالف لما عليه الاصحاب في باب الدعاوي من الحكم في المشتبهين بالتنصيف بعد
التحالف او تعارض البينتين مطلقا بل مر ذلك فان يد كل واحد على النصف فاذا اقام بينة
قضي له بما في يد خصمه في الخارجين بالعزيمة واليمين وان احتمل القسمة ايضا مع ان دعوى
اليد بتمامه كل منهما الكل في حيز المنع بل اليد المختصة بالكل فاحشة بما ذكر واما التسالم
لعزها في الاستيلاء فلا تقتضي الا بالملكية للشركة على حسب تعددها كما هي القاعدة في جميع
الاسباب المملكة للعين من بيع وحيازة ونحوها وكذا لو اودع رجل درهمين والآخر
درهما وامتزجا لا بتفريط وتلف احدهما اي الثلاثة والعين بواحد ويقسم الآخر نصفين كما
ومخالفة هذا الحكم لمقتضى القواعد الشرعية فان الامتزاج المذكور انما اوجب الشركة في الدراهم
كان اللازم توزيع التالف على نسبة المالين فيكون لذي الدرهمين درهم وثلث ولذي الدرهم
ثلثا درهم على نحو ما لو امتزج قفيزان من طعام لواحد وقفيز لآخر فتلف واحد منها ولانتفى
الشركة فاحد الدرهمين مردد بينهما مقطوع بكونه لواحد منهما فادعاء كل منهما يقتضي الحلف
فان تحالفا او نكلا او لم يدعيا بعينه فلا طريق الى التخلص بعد انتفاء الصلح الاختياري او الا
من الحاكم لقطع الدعوى سوى القرعة واما قسمه نصفين بمجرد تلاقي الدعويين مع العلم بكونه

ما جعل لواحد خاصة فلا ينطبق على قاعدة اصلاً فلهذا مال المحقق الشيخ والفاضل الشارح في التذكرة
والمسالك الى القول فيه بالقرعة لكنها لم يجر اعلى مخالفة الاصحاب فان المعروف بينهم من غير خلاف
يعرف الحكم بتنصيف احد الدرهمين بينهما علاقة بخبر السكوني عن الصادق في رجل استودع رجلاً دينارين
دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما فقال يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان
الدينار الباقي بينهما نصفين وظاهره عدم اعتبار الامتزاج في هذا الحكم بل يكفي الاشتباه ولعل
التقييد بالامتزاج في عبارتهم لعدم حصول الاشتباه غالباً بدونه كما ان ظاهره اعتبار التلف
وان اعتباره على التعيين ولعله ليس كذلك بل الحكم مبني على عدم خصوصية تميز الدرهم ولذا اخذها بالامتزاج
لعدم التميز معه غالباً وانما اعتبر في الامتزاج ان يكون لا بتفريط لدخول التالف في
ضمان الودعي ان كان بتفريط فتنتفي المنازعة بينهما على هذا التقدير الا ان يتعلق بها غرض مخصوص
العين لكنه على هذا التقدير لا يمكن الحكم بتنصيف نصفين بل اللازم اعمال القرعة بعد التخالف
او القاعدة البينة الثامنة يجوز جعل السقي بالماء عوضاً للصلح بكونه ويجوز ان يكون
مورداً له والمراد جعل جواز السقي من نهر لمدة او ارض عوضاً للصلح عن عين او منفعة
او حق او غيرها والاشكال في جوازه بناء على استقلال الصلح واغتفار الجهالة التي تؤول
الى العلم فيه كما يجوز ان يكون مورداً للصلح وان يكون عوضاً ومورداً لوجود المقتضي من عموم الصلح
وانتفاء المانع سوى الجهالة المغتفرة بناء على اغتفارها فيه بل يمكن انتفاء الجهالة مع مشاهدة
الماء وانضباطه فقدر ما يبقى منه عادة ولو فرض عدم انضباطه فلا بد من ضبطه بمدة معلومة
فما عن الشيخ من منع الصلح عليه للجهالة لذلك وعلى الصلح على البيع غير معتمد لمنع كل من الفرعين
والجهالة كما عرفت وربما توهم منافاة منع الشيخ هنا لما حكم به من جواز بيع ماء العين
البئر وبيع جزء مشاع منه وليس كذلك اذ لا جهالة في بيع تمام الماء ولا في بيع جزء مشاع منه
مع المشاهدة بخلاف ما نحن فيه فان قدر ما يسقى به الزرع غير منضبط عادة غالباً الا
بالمدة بل قد يتأمل في معلوميته ايضاً مع التقدير بالمدة لكن الحق انضباطه واغتفار ما يحصل

فائدة

من التفاوت

من التفاوت اليسير ويمكن ان يكون الصلح مفيداً فائدة البيع بتمليك العين المخصوص في الماء من
الماء ويمكن ان يفيد فائدة الاجارة على نحو اجارة البئر للسقي منها اياماً معلومة وكذا
يصح الصلح على اجراء الماء على سطحه او ساحته اي بان يجعل عوض الصلح او مورده استحقاق اجراء الماء
على سطح جاره او ساحته ولا اشكال في جوازه الا انه يعتبر معرفة قدر الماء بمشاهدة او مشاهدة محله
الموضع الذي يجري الماء منه ان كان ما اعتبط لاختلاف الماء قلة وكثرة باختلافه صغراً وكبراً
وفي الروضة اعتبار العلم بالموضع الذي يجري منه الماء بان يقدر مجراه طولاً وعرضاً ليرتفع الجهالة
عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً وهو غريب فان العلم
بالمجرى اذا كان الصلح على نفس المجرى بعوض ليكون بمنزلة البيع في تمليك قدر المجرى من سطح جاره
وساحته فانه يعتبر فيه العلم بقدره طولاً وعرضاً لا عمقاً لان من ملك شيئاً ملك قراره الى السفل بل
عن الشيخ انه لا بد ان يكون ساقية محفورة والا لم يصح الصلح لكونه على معدوم وان كان فيه نظر اذ
لا مانع من الصلح على ما يصلح الآن يكون له ساقية مع تقديره بالطول والعرض ويلزم
المصالح حفره دون المالك كما يلزمه اصلاح ساقيته المحفورة لو اشغلت الذي بالصلح لكن هذا
غير المسألة التي في الكتاب فانها مفروضة في الصلح على اجراء مائه على سطح جاره او ساحته لكي
لكون الصلح بمنزلة الاجارة على وضع ماء عرف في بيته الا فائدة لا يلزم المستأجر العلم به بالموضع طولاً
وعرضاً وانما يلزم المؤجر اجراء الماء وتخليته في ملكه بحفر ساقيته او بدونه ولا يلزم المستأجر
حفر الساقية ولا اصلاحها نعم يلزم العلم بقدر الماء الملازم بما جرى في ملكه بمشاهدة هذه او اعتبار
الموضع الذي يجري منه لو كان ما اعتبط كما ذكرنا **قوله** التاسعة لو تنازع صاحب السفل والعلو
في جدار البيت حلف صاحب السفل ولو تنازعا في جدران الغرفة حلف صاحبها وكذا في سقفها
هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا خلاف على الظاهر في ان جدران الغرفة وسقفها لصاحبها
لاستقلاله بالتصرف فيهما ولا لغيره عليهما ولا في ان جدران البيت لصاحبه الا من ابن الجنيد فحكم
بانه بينهما بالاشتراك كما في الحاجة اليه والتصرف فيه وان مال اليه في الاوان الظاهر اختصاص صاحب

البيت به لاستقلال يده به عرفاً بل كونه من اجزاء بيته وان كان حاملاً للغرفة فانه لا يقتضي
عرفاً وكذا اليد لغلبة التصرف في مثله بالاذن والاستيجار ونحوهما فلا يترجح على صاحب البيت
سوى الحالف ولو تنازعا على سقف البيت الذي بينهما اذا تنازع صاحب البيت والغرفة
في البناء الذي هو سقف البيت وارض للغرفة فقد رجح المصنف هنا القرعة بينهما فمن خرج اسمه
حلف لصاحبه واستحسنه في الشرائع واحتاط فيه بعد ان حكم بالتنصيف بينهما ان حلفا
او نكلا ووجهه في الامرين في الخلاف ورجح التحالف فيه فان حلفا او نكلا والا اختص الحالف
واختار الفاضل في كثير من كتبه انه لصاحب العلو وهو خيرة ابن ادريس وعن بعض العامة انه
لصاحب البيت لانه كالجزء الداخل لولا اعتباره ولا يستبعد في ضعفه بل هو اما مختص بصاحب
العلو نظراً الى عدم دخوله في مسمى الغرفة وعدم امكان حصولها بدونه بخلاف البيت لامكانه
بدون السقف او مشترك بينهما لاحتياجهما معاً اليه سقفاً وارضاً واستواء نسبته اليهما وان
كان احتياج صاحب الغرفة اشد ولعل الاشتراك بينهما اقوى لما عرفت وبعضهم على ما حكي
من نهج الخلاف صرح عن انه لا يجوز لصاحب السفل ان يسمر مسماراً في هذا البيت الا باذن صاحب
العلو ان بيده وهذا ايضاً الا باذن صاحب السفل ومنه يظهر ضعف استعمال القرعة هنا
فانها للامر المشتبه ولا اشتباه بعد رجحان الحكم في نظر الفقيه هذا وفي التذكرة والدروس
وجامع المقاصد والمسالك والروضة ان موضع الخلاف في السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء
الجدار العالي بثقب ونحوه واما ما لا يمكن احداثه كالازج الذي يحصل به الترصيف بين
السقف والجدران فهو لصاحب السفل بمنزلة الجدار الذي على حوشه وقد يناقش بان
الحكم حينئذ لا ينافي ما ذكره صاحب العلو لبعد ان يكون منحصراً ويمكن انتقاله
اليه ببيع ونحوه الا ان يجعل موضع البحث عند فقد اليد ولهذا قال في الدروس انه لو كان للاخر
عليه يد بتصرف او سكنى حلف لان يده اقوى ويمكن ان يعم العلم بها ثم في تقديم صاحب
السفل على ان حنية السقف وان دل على سبق ملكه صاحب السفل متقدم على صاحب العلو

وان كان

وان كان زائداً بناء على ترجيح مدعي الملك القديم المعلوم على صاحب اليد **قوله** الرابعة
اذا تنازع صاحب غرف الخان وصاحب بيوته في المسالك حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه
حلف الاخر على الزائد المراد من المسالك المتنازع فيه هنا تمام العرصة يعني حلف صاحب العلو
على قدر المسالك وحلف الاخر على الزائد او لا زيادة لو كان التنازع على قدر ما يسلك فيه
صاحب العلو وكيف كان فلو تنازعا على عرصة الخان والدار حيث تكون لهما غرف الى الاخر
ويتبع الاخر فان كان المرقى في صدر الخان او الدار فظاهر التذكرة ان العرصة بتمامها بينهما ان
تحالفا او نكلا لان لكل واحد منهما فيها يداً او تصرفاً بالمرور ووضع الامتعة ونحوها واحتمل
المصنف فيما سلف بان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على سمت واحد لا يمنع من وضع شيء فيها ولا من
الجلوس قليلاً وفيه يؤيده بان العرصة يحيط بها الاعلى كما يحيط بها الاسفل والاحتياج
اليها بالسوية واختصاص صاحب الاسفل بها دون الاعلى ترجيح بلا مرجح وهو ذنب حيث لا
يتمد الادلة البيان باستقلال صاحب الاسفل بالعرصة وعدم احتياج صاحب الاعلى اليها
الا للمرور والاجتياز كما هو الغالب في اوضاع الخانات والا فلا تصرف الاعلى الا بالمرور وما ذكر
من وضع الامتعة والجلوس قليلاً فهو في حيز المنع بدون الاذن ولو تحوى وقد يحتمل ان ليس لصاحب
العلو الا حق المرور لا تعلقه بالرقبة ولا قائل به من الاصحاب فيما اعلم وان حكي عن بعض العامة
ويحتمل اختصاص صاحب الاعلى بقدر المسالك وصاحب الاسفل بالباقي وهو ظاهر المصنف هنا
ورجح في الدروس كون المسالك بينهما واختصاص الاسفل بالباقي وعليه جماعة من المحققين
ولعله الاولى لان صاحب الاسفل ينفرد بالتصرف في المسالك وينفرد بالباقي فيكون المسالك
بينهما وان كان المرقى في وسط الخان عن الباب الى ما خلفه عرصة من الخلاف فيما اولاها
ذلك لصاحب الاسفل لانقطاع الاخر عنه بالتصرف فيه وان كان المرقى في الدهليز من الباب
الى بينهما ولصاحب الاسفل ما بقي وان كان المرقى في ظهر الخان اختص صاحب الاسفل
بالعرصة والدهليز اجمع **قوله** ولو تنازعا في الدرجة حلف العلوي الحكم باختصاص

عن صاحب العلو ما لدرج اذا كانت بناءه غير معقود او كان سلما مثبتا في موضع فلا اختصاص
ما التصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في ارض صاحب السفل بل يحكم بتبعيته محلها من
الارض لها في الملك وان كانت بناءه معقودا تحتها موضع ينتفع به صاحب السفل ففي كونها
لصاحب العلو او بينهما وجهان اظهرهما الاول لان الدرج انما يبنى للارتقاء عليها غالبا ولا
يبنى ما تحتها فلو حكمنا بان ما تحتها للاسفل لم يلزم مما ذكرنا في الدرج ولا يكون كالسقف
المتوسط بين الاعلى والاسفل بناءه على اشتراكهما غير متحكما للعادة ووجه الاشتراك ان انتفاع
صاحب الاسفل بظله وصاحب الاعلى بالارتقاء عليها عليه فهو كالسقف المتوسط بين الاعلى
والاسفل والفرق بينهما ظاهر فان السقف يبنى للبيت وان لم يكن غرض غيره بخلاف الدرج فانه لا
يبنى الا للارتقاء عليه ولو قلنا باختصاص السقف المذكور بالاعلى فلا اشكال وان كان
سلما غير مثبت في محله بل ينقل ويحول فان تداعياه وكان في بيت من بيوت الاعلى حكم له بها بعد
يمينه وان كان في بيت الاسفل فهو له وان كان منصوبا في محله ففي كونه للاسفل والاعلى وجهان ذكرهما
في التذكرة الاول الحاقا له بسائر الالات والمنقولات التي في ملكه والاظهر الثاني لعود منفعته
الى صاحب الاعلى وظهور تصرفه فيه **قوله** وفي الخزانة تحتها يقرع بينهما الحكم بالقرعة
في دعوى الخزانة التي تحت الدرج مبني على اشتباه المالك بين الاسفل والعلو واستواء
الترجيح على نحو ما ذكره في سقف البيت وظاهر من ان القرعة لكل مشتبه والاشتباه
في المقام بل يقوى انه لصاحب الاسفل لتصرفه كسائر بيوته ويحتمل اختصاص الاعلى لان من
ملك الهواء ملك القرار ويحتمل الشركة بعد حلف كل منهما لصاحبه وهو اختيار المصنف في
ش د والفاضل الشارح **قوله** الخامسة لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها فيها حلف
الراكب ما اختاره المصنف من تقديم قول الراكب بيمينه هو الاظهر وعليه الفاضلان وغيرهما
لقوة يده وزيادة التصرف فيه وعن الشيخ في الخلاف والحلي الحكم بتساويهما في الدعوى
واشتراكهما في اليد وعدم الاعتداد بقوة احد اليدين في الترجيح ولذا لم تؤثر في ثوب

بيد احدهما

بيد احدهما الاكثر وفيه المنع من الاكتفاء في التساوي بمسمى اليد لكونها امارة على الملك
فمع التعارض يترجح العمل باقوى الامارات فلذا رجح تقديم الاعلى في متاع عند الاسفل
لدرج الدرج المفضية به في ارضه وملكه ويرجح مع انه صاحب يد ويرجح صاحب الغرفة
في دعوى السقف المتوسط كما عرفت وصرحوا بتقديم دعوى لابس الثوب على قابضه وبالجملة
فلقوة اليد بانضمام القرينة اليها مدخلية في الحكم اذ مناط الملك ويستند اليه عرفا
وعادة وعليه يبنى اكثر كثير من احكام المنازعات فان الوضع من ان صاحب الراكب الزائد
في التصرف لم يثبت شرعا لكونه مرجحا ويدفع المدعي المتطبق والمنكر منطبق عليهما
فيحلف كل منهما لصاحبه ان لم تكن بينة غير متحد نعم لو تنازعا في لجام الدابة فهو للذي هو
في يده كما انهما لو تنازعا في سرجها فهو للراكب جزما **قوله** ولو تنازعا ثوبا في يد
احدهما اكثره منها سواء وجه الحكم بالتسوية اشتراكهما في اليد وانتفاء المرجح سوى تصرفه
الكثر اجزاءه التي تحت الحدهما ومثله لا يعد مرجحا بحيث تختص بنسبة الملك بقابض الاكثر
عرفا وعادة ولا يجري في ذلك مجرى الراكب وقابض اللجام نعم لو كان احدهما ممسكا والاخر
لابسا فكمسئلة القابض والراكب لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة **قوله** وكذا في
العبد وعليه ثياب لاحدهما فلا مرجح ويرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمة او انه على
عبد بينهما وكان عليه ثياب لاحدهما فلا يرجح صاحب الثياب بل هما فيه سواء وان كان
بهيمة ولاحدهما عليها حمل رجح صاحب الحمل وان كان كل منهما قابضا لزمامها والفرق بين
الامرين ان لبس الثياب لا يعد تصرفا في صاحبها في العبد لعدم انتفاعه بذلك بخلاف
الحمل فانه تصرف من صاحبه بالدابة لعود نفعه اليه وايضا موضع الحمل على الدابة لا
يجوز الا بحق ولا يصح احتياده عليه بخلاف لبس الثياب فانه ربما اجبر على لبسها العبد لانه
ويد لها **قوله** وكذا صاحب البيت في الغرفة وان كان بابها مفتوحا الى الاخر المراد
اذا كان الغرفة فوق البيت غير عنه ولها باب الى الجار فادعاها صاحب البيت ومن

الى الباب فلا قول صاحب البيت لان من ملك الاسفل ملك الاعلى فاليد له وبمجرد فتح الباب الى
الجار لا يثبت يده الجار فيها لامكان الاعارة والاجارة ونحوهما مما يمكن صاحب البيت من الترجيح
فيها نعم لو كان الجار متصرفا فيها بالسكنى الا ان يجد تقديم قوله لقوة يده بالتصرف ولو كانت الباب
غير موضوعة له بل للهواء على نحو وضع الشباك فلا اشكال في عدم كونها علامة على اليد **قوله** لو
تداعيا جدارا غير متصل ببناء احدهما او متصلا ببنائهما فان حلفا او نكلا فهو
لهما والا فهو للحالف ولو اتصل باحدهما خاصة حلف وقضي له به اذا تداعيا جدار ابين
ملكيهما فان شهدت قرائن الحال والاحوال على اختصاص احدهما بان كان الاخر عليه بناء
لاحدهما من عرضه او سترة ونحو ذلك او كان مبنيا على طول ملكه دون الاخر متصل ببنائه المختص
به او كان متصلا بحائط المختص به اتصال ترصيف وهو تداخل الاحجار بعضها في بعض على وجه
لا يمكن احداثه بعد بنائه قضي له به بعد حلفه للاخر لقوة يده لا باختصاصه بالتصرف وظاهر
الحال فتكون اليد له وتقديم قوله بيمينه دفعا لاحتمال الاعارة والاجارة ونحوهما على
خلاف ظاهر الحال وان لم يختص احدهما بما يشهد له بالاختصاص بان كان الجدار
غير متصل ببنائهما او متصلا ببنائهما اتصال ترصيف او غيره قضي به لهما بالتنصيف ان حلفا
او نكلا لاستوائهما في الدعوى وان حلف احدهما ونكل الاخر قضي به للحالف بمجرد النكول
ان لم نوجب رد اليمين على المدعي والا فبعد تحليفه ان لم يكن حلفه السابق على الجميع مع
احتمال عدم الاكتفاء بحلفه السابق لكون الاول حلفه على ما بيده من النصف الذي
بيد غيره الاخر على النصف الذي بيد غيره بيد الاخر اذ لا اثر ليمينه فيه فحلفه على جميع النصف للحالف
على ما بيد صاحبه قبل نكوله لورود اليمين عليه واقع في غير محله نعم لو ازمناه ابتداء ما
على الجميع كما هو المنقول في التذكرة عن احد وجهي الشافعية نظرا الى ان الدعوى متعلقه
بالجميع لم يبعد الاكتفاء بالحلف السابق على اليمين المردودة بعد النكول **قوله** وكذا لو كان
لاحدهما خاصة عليه جذع اي يقضي به لصاحب الجذع لان التصرف بوضعه على الاختصاص

بر عادة

بر عادة سيما مع تعدد الجذوع وربما فرق بين الواحد والاكثر بل عن الشيخ في الخلاف انه لا يحكم
بالحائط لصاحب الجذع للتسامح بوضعها عادة وهو ممنوع ولما روي عن النبي ص من النهي
عن المنع من ذلك ولم يثبت وعلى فرضه فهو محمول على الكراهة مع ان التحريم لا ينافي ظهور التصرف
في الاختصاص بالملك ولو تعارض ما يدل على الاختصاص من الجانبين كان لهما نصفين ولا
عبرة بكثرة المرجحات في جانب احدهما بعد تحقق اليد من كل منهما من غير اختصاص بما يوجب
الاختصاص **قوله** اما الخوارج والروازن فلا ترجيح بها الا مع فقد الغط التام انه لا اختلاف
في عدم الترجيح بالخوارج وهي كل ما خرج عن وجه الحائط من نقش ونحوه وكتابة ونحوها
بالجص وغيره ولا بالداخل كالطاقات والمحاريب والروازن الكوات النافذة وغيرها **كتاب الشركة**
بفتح الشين وكسر الراء او بكسرها واسكان الراء لغة وعرفا اطلاق الاشتراك في لفظ او معنى
او ملك العين او منفعة او حق بطريق الاشاعة او البدلية او المجاورة وفي اصطلاح الفقهاء
اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيوع واحترز بقيد الشيوع عن اجتماع
الحقوق بطريق المجاورة كما لو اشتركا في عرصة بيت سقفه لواحد وجداره لاخر وعن اجتماعها
بطريق البدلية كاشتراك كالمستحقين في الخمس والزكاة والاوقاف العامة واراضي الخراج
والمراد من الشيوع عدم التعيين للخصوص من الاستحقاق في كل جزء فيدخل فيه الاشتراك
بجميع ما يستحقاه صاع في صبرة وشاة في ثلث وشاة في اربعين ولعله بهذا الاعتبار يدخل
الاشتراك في الحقوق كحق الخيار والشفعة والقصاص ونحوها والا فلا يتصور الاستحقاق
بكل جزء فيها واطلاق الشركة على الاجتماع المذكور مما لا خلاف فيه ويطلق ايضا على العقد
المفيد لجواز التصرف في المال المشاع للتجارة والاكتساب وبه صرح المحقق
الثاني والفاضل الشارح وغيرهما وبذلك اندرجت الشركة في سلك العقود والاوفق
بعض الاجتماع المذكور انسب بالاحكام خلافا لما ظهر من صاحب الحدائق حيث انكر ورودها
بمعنى العقد ورد على من حكم بكونها عقدا جائزا بانه لا عقد ولا عقد في المقام وانه لا

من الاحتياط للشركة سوى أنه معنى اجتماع الحقوق الحاصل بامتزاجهما معاً ولو مع الاتفاق احالاً جباً
وحيث ان الشركة الشرعية المبحوث عنها في هذا الكتاب هي العنانية المفسرة في كلام بعض الفقهاء بتراضي الشريكين على
مزج المالين للاكتساب وعقدتها من الاختلاف فيه بين المسلمين كعقد بينونة بقيامها من الشركات
الاربع البدنية وشركة الوجوه والمفاوضة وان اختلفوا في صحة ما عدا العنانية منها
والعمل المستمر على التعاقد بالتكسب في مال الشركة شاهد على العقد بتراضيهم كثيرا ما دون الاخرى
الواحدة فيمن ينبغي ان يشارك ومن لا ينبغي ان يشاركه والواحدة فيمن يشاركه ان الربح له والخسران
عليه على نسبة المال وغير ذلك مما ورد مما مورده الشركة الاكتسابية فانها الشركة العقدية
فانكار عقدتها حيث يراد منها الكسب مجازفة ظاهرة بل ومع ارادة الكسب ايضا حيث
يتمكن بتعاقدهما على تحصيل الشركة بالمزج لغرض من الاغراض نعم قد يتوهم ان هذا العقد مما لا
فائدة فيه لتحقق المشاركة مع امتزاج المالين بدونه فان سبب الشركة هو المزج لا العقد
وكفاية الاذن بالتصرف في جوازه من غير توقف على عقد لكن هذا لا ينافي صحة العقد في نفسه
وان قام غيره مقامه كقيام المعاطاة مقام العقد وقيام الاذن بالتصرف مقام عقد الوكالة
فان ذلك لا يكون فاديا في صحة تلك العقود ويمكن ان تكون الفائدة في عقد الشركة استفادة
الاذن بالتصرف من نفس العقد الدال على طلب الشركة للاكتساب بان يقول اشتركنا او تشاركنا
مثلا وفيه نظر فان مجرد طلب المشاركة للاكتساب بالمال وتحصيلها بالمزج لا يدل صريحا على
الاذن للشريك بالتصرف وربما اراد التصرف لنفسه خاصة او الثالث وربما احتمل ان الشركة
بالامتزاج الاختياري العقدي تفيد الملك والحد منها الحصة المشاعة وانما الحاصل
بالامتزاج القهري فانه لا يفيد سوى حكم الشائع بينهما لكونه ظاهرا من باب الصلح القهري
وهو كما ترى مخالف لما يظهر من اتفاق الاصحاب على ان المزج مطلقا موجب لتلك الشركة منهما
الحصة المشاعة في نفس الامر مع انه لو تم فانما يفيد الفرق بين المزج القهري والاختياري
لا بين العقدي وغيره اذ لا مدخلية للعقد في ذلك اصلا فوائد وسببها قد يكون ارثا

وعقدا

وعقدا او حيازة ونحوها لا ريب في ان الشركة الشرعية لا تتحقق الا بامتزاج الملكين على جهة
الشيوع وقد يكون الامتزاج والشيوع بعد اتيان الملكين واختيار المزج واتفاقهم كما في شيوعا
وقد يكون في ابتداء الملك بان يتعلق استحقاق الشريكين به موجبا بسبب اما ان يكون ارثا للعين
او منفعة او حق او عقدا بان يشتريا عينا بالشركة او يستأجرا منفعة كذلك او يقبلا وصية بهما
او يبيع احدهما حصته مشاعة من ملكه بحصة مشاعة من ملك الاخر او بغيرها او يشتركا
في نقل حق اليهما كحق التحجير بالصلح عنه او يكون حيازة ولا اشكال في تحقق الشركة مجيازتهما
معا المال بحيث يصح ذلكما لو اشتركا في قلع شجرة وتناول ماء ونصب حبالة وابتناء سهم في صيد
اما مع التعاقب فلا ريب في اختصاص كل بما يحوزه ان لم يكن وكيلا عن صاحبه ولو كان وكيلا
وقصد الحيازة له ولغيره بني تحقق الشركة بذلك وجهان مبنيان على ان يتحول الحيازة
حق للنيابة وعدمها وقد تردد في ذلك العلامة في القواعد وغيرها بل منع في الشرائع
في الجامع وجوزه جمع من المحققين كصاحب التنقيح والفاضل الشارح وغيرهما وهو الاقوى
ويبنى الخلاف على دخول الحيازة في ملك المجرد تحرزا وعدمه والاقرب عدم دخوله كعدم
ما يدل على دخول الحيازة الملك بمجرد وضع اليد وان قصد عدم الملك كما لو نحى حجرا
عن الطريق او عطفا او حفر حفرة ليشرب منها او قصد تملك الغير بل الانقياد لكما صدق الحيازة
على مثله عرفا واما المنابذة منها الاستيلاء على وجه يبنى على ارادة الادخال في حوزته
وسلطنته مما هو من لوازم الملك عرفا وبه يثبت حكمهم بان ما يوجد في جوف السمكة الحي
اصلها الاباحة لواجدها مع تحقق وضع اليد عليه تبعا لها واما تخلف عدم قصد
الاستيلاء عليه الموجب لعدم صدق حيازته عرفا ومما ذكرناه يظهر فساد الاستدلال على
الملكية القهرية العرفية بان اليد سبب في الملك ولذا يجوز الشهادة بمجردها فان سببيتها
انما هي للحكم عليه بملكية ما في اليد ظاهرا وعليه جوز الشهادة الا للحكم بملكية ذي اليد
واقعا وانما سببية الملكية واقعا تابع لحصول السبب الملك من حيازة او غيرها

وكذا الاستناد الى اطباق الناس على صحة بيع المحاز وانهم لا يعلمون بنية المحيز للتملك حتى لو نازعه
في تحقق النية فلم يقبل مدعي الملك لما عرفت من ان اليد ظاهرة في الملك وان لم يعلم نيته
التملك ممكنا او البحث في نسبتها لذلك واقعا والحكم بتقديم صاحبها في دعوى الملك كاف في البيع
ما اورده الامام فخر الدين على والده في شرحه اعتبار نية التملك بان اطباق الناس على البيع
من غير توقف على العلم بحصول النية ولا حاجة الى ما اجاب به والده العلامة فيما ترسمه من ان نية البيع
تستلزم نية التملك لتوقفه عليه بان يبعد من غير تخصيص بالمباشرة بل قد يبيعه غير المحيز من وكيل او
وارث فلاحظ وتامل فوائد ومزجا بحيث لا يتميز كما ينعقد الشركة بملك المال الممتزج كذلك
بمزج المالين المتحدين جنسا ووصفا بحيث لا يتميز احدهما عن الاخر من غير فرق بين كونهما
من الاثمان كالدراهم بمثلها والدنانير بمثلها او من العروض مطلقا مثلية كانت كالادهان والالبان
والمياه والحبوب وقيمية كالثياب والعبيد مكيلة وموزونة كانت او غيرها بلا خلاف فيه
بين اصحابنا الا ما ينسب الى الشيخ من منع الشركة في العروض الا في المكيل والموزون والى الاسكافي
من منع الشركة في المتاع الا ان يبيعا وضابطهما فيبيع هذا نصف متاعه مشاعا بنصف
متاع الاخر كذلك والى المحقق في الشرائع من منعها في المتليات القيميات حيث قال اما ما لا مثل
له كالثوب والخشب والعبد فلا يتحقق فيه المزج بل قد يحصل فيه ما لا دث واحد العقود الناقلة
كالابتياع والاستيهاب واصح العبارات في هذه الاقوال ما يجعل الفرق في الشركة بالمزج الواقع
للتمييز الذاتي مناط الشركة في كل ما حصل فيه مثل في تحقق المزج المذكور في القيميات نظرا
الى ان الغالب فيها امتيازها بالاذهان وعدم حصول الاشتباه فيها فيكون المراد من
الاطلاق المنع في كلام الاسكافي ومن غير المكيل والموزون في كلام الشيخ خصوص ما يتعلق به
المحقق من القيميات وحينئذ يكون من النزاع في الموضوع لا في الحكم وعلى التقدير من غير تحقق
فان البحث ان كان في تحقق المزج الواقع للامتياز في القيميات فلا شبهة في ان الغالب
وان كان عدم حصوله لعدم امكان اتحاد اها عما بها امتياز بعضها عن بعض الآثار فلا يتحقق

اتحاد

اتحاد الجنس والوصف الرافع للتمييز بينهما في مثل الاواني والاخشاب والسلاح والجواهر وبعض
انواع الحيوان وان كان ممكنا في الوجدان وان كان في تحقق الشركة بعد تحقق المزج فيها ان ما طب
الشركة على ما يستفاد من اطلاق النصوص والفتاوى حصول الاشتباه بين الجزاء الممزوج بسبب
المزج ولا خصوصية فيه للمكيلات وقد حكى الاجماع على ان امتزاج المالين موجب للشركة من غير
تفرقة بين المثلي والقيمي بل ما ذكره الاجماع على خصوص القيمي حيث قال واما العروض فعند
تحقق الشركة فيهما مع الشرط المذكور مفتقر الى المزج الرافع سواء كانت من ذوات الامثال او من ذوات
الامثال او من ذوات القيم انتهى مضافا الى ما اشترط من اطلاقه في المال الممتزج المتحقق فيه الشركة فيها
وورد من نصوص الشركة ولا تفصيل فيها ما بين المثلي ولا يكون مكيلا او موزونا ولا يظهر موجب لخروج
القيميات من ذلك الاان يدعى ان المراد من ذلك المزج الرافع للتمييز ما كان واقعا لدى نفس الامر
فلا يكتفي بعدم التمييز في الظاهر كما نسبه في الرياض الى الفاضل الشارح المقداد حاكيا عنه
التصريح بعدم حصول الشركة بمزج الحنطة والاذرة والدخن والسمسم ونحوها بمثلها
واتحادها بمزج الادقة والاحقاف بمثلها فانه لو تم ذلك لقضى بمنع الشركة في كثير من
المثليات فضلا عن القيميات الا انه لكنه خلاف ظاهر الاصحاب بالمصرحين بانعقاد الشركة في مثل
الحبوب والاثمان وهي الدراهم والدنانير التي لا خلاف بين المسلمين في انعقاد الشركة بمزجها
مع اتحاد الجنس والوصف مع ان عدم التمييز في نفس الامر لا يكاد يتحقق في المياه فضلا عن
الادهان والادقة لعدم تداخل الاجسام بعضها في بعض وما نسب الى الفاضل
المقداد غرابة من عبارته غير منطبق مطابق الحكاية بل ظاهر حرانة مزج الحبوب المختلفة
الجنس مفضلا في بعض غير موجب للشركة وهو مما لا كلام فيه لبقاء التمييز وان عسر التخليص
او تعذر بل يبقى ملك كل على ماله ولا خلاص الا بالصلح ونحوه والظاهر ان المدار في الشركة
على المزج الرافع للتمييز في الظاهر وما ادعاه في الرياض من ما ذكر في بعض
الشركة من انها اجتماع الحقوق على الاشاعة مصرح الا انه لا يعرف حجة ادعاه وفيه ما فيها

عن عيب فانه لو وجد ما دل المراد من الاشاعة في الشركة ذلك لاعدم التعيين معا فلا يلزم منه ان يكون
المزج الرافع للتميز على وجه الشيوع ايضا فان المقتضي للشيوع المذكور في الشركة هو انتقال حصة
مشاعة من مال كل واحد من الشريكين الى الاخر وانما المزج الموجب للشركة فلا يعتبر فيه الشيوع
بل الاشتباه الناشئ عن المزج الرافع للتميز ظاهرا سبب للشركة المذكورة فلو فشا او من
الجهل بالوصف المميز او نسيانه فلا شركة بل المتعين في مثله الشركة بل قد يشك في بعض صور
الامتزاج القليل من الحبوب والقليل من الدراهم او من الغنم فاذا كتويين او عبدين او مزج
المختلفين جنسا اذا اختلفا في الاوصاف كمزج الادقة المختلفة جنسا نحو دقيق الحنطة و
الشعير ومزج العسل بالدبس المساوي في الصفات فان الحكم بالقرعة فيما يمكن فيه الاخر
الاحتراز والصلح الاختياري او القهري من الحاكم لرفع النزاع فيما لا يمكن فيه بعيد عن الصواب
لولا مخالفة لاطلاق الفتاوى ومعاقد الاجماعات والروايات الواردة في الشركة المزجية
التساوي جنسا ووصفا والظاهر ان اعتبار التساوي في الجنس لامتياز الجنسين المختلفين
غالبا فلو فرض عدم الامتياز التساوي في جميع الصفات توجه ثبوت الشركة بالمزج الموجب
الموجب لعدم التميز ولا فرق في عدم اعتبار الشركة المزجية بين تساوي الممزوجين قدرا
وعدمه ولا بين تساويهما قيمة وعدمه فلو كان قدر احدهما اقل كان شريكا على نسبة قدره
ولو جهل القدر دفع الحكم بالتساوي للاصل او الصلح وجهان اقواهما الثاني ولو تفاوتا
قيمة كان الرجوع الى نسبة تلك القيمة فيقسط الثمن والربح على القيمتين كما لو كان لا
حدهما كر قيمته عشرون وللآخر كر قيمته عشرة فهما شريكان بالثلث والثلثين ولو
جهل التفاوت بين القيمتين فالاصل عدمه قوله والشركة قد تكون عينا ومنفعة
وحقا هذا التقسيم للشركة باعتبار المال المشترك فانه قد يكون عينا مستتبعة
للمنفعة او مجردة كما لو ورث عبدا موصى بخدمته شركا على التأبيد وقد يكون منفعة
مجردة كما لو استأجر عبدا او اوصى لهم بسكنى دار وقد يكون حقا شفعة بالمال

نعم لو قيل بما نقل فيها ان كان من ذلك مختلف الجنس نظرا الى اشتراط الملح في الشركة تمت

كالشفعة وخيار الشرط وخيار العيب والرهن والتحجير وهو موافق للعرف الا انه قد اشترط الا ان اخذ
الشيوع في تعريف الشركة الشرعية بان يختص بحق في الحقوق اذ لا شيوع بل الاستحقاق ثابت من الشرك
فيهما من غير اشاعة ولذا جاز لكل منهما الاخذ بالشفعة والفسخ وان لم يرض الشريك وعلى كل تقدير
فلا اشكال في تحقق الشركة العينية بجميع الاسباب المتقدمة من ارث وعقد وحيازة ومزج واما
المنفعة فيحصل بالارث والعقد دون الحيازة الا تبعا للشركة في العين فلو ويمكن فرض الامتزاج
في المنفعة بمجردة بان يستأجر كل منهما دراهم للتزين بها بناء على جوازه ثم يتفق مزج الدراهم
على وجه لا يتميز وفيه نظر فان المنفعة المستحقة لكل منهما تابعة لتلك العين المستاجرة ولو
فرض امتزاج العينين انما اوجب الشركة فيهما بمجرد ذلك عن المنفعة لاستحقاق الغير لها فلا
فلا امتزاج في المنفعة اصلا وهو من الاشتباه بين محالهما مع بقاء كل منفعة على ملك مالكها
فلا شركة بين مالكي المنفعتين وان اشتركا في الاستيفاء من باب الصلح القهري فتدبر قوله والمعتبر
شركة العنان لا شركة الاعمال ولا المفاوضة ولا الوجوه المراد من شركة العنان الشركة في الاموال
سميت بذلك لشبهها بعنان الدابة او لانها من عن بمعنى ظهر ومن المعاونة وهي المعاوضة
لانكار تقرير التناسب في الجميع ولا خلاف في صحتها كما لا خلاف بين اصحابنا في بطلان الكثير
التي بعدها الا ما يحكى عن ابن الجنيد من صحة شركة الوجوه التي اشتمل اشهر تفاسيرها
وجهين لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا في الذمة على ان ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما
فيبيعان ويؤديان الاثمان وما فضل بينهما وشركة الاعمال المعروفة بان يتبايعا فلا
على ان يعمل كل منهما بنفسه ويشتركا في الحاصل ولا شبهة في ضعف خلافه على فرض الشذ
وانقراضه وسبقه ولحوقه بالاجماع وملحوقيته ومخالفته للاصول والقواعد الشرعية
وعموم النهي عن الضرر والغرر مع ان المحكي من عبارته في المختلف الصريح في بطلان شركة الا
نعم هو ظاهر في صحة شركة الوجوه ولعله منزل على ارادة التوكيل من كل منهما على الابتياع
والبيع فتعود الى الشركة في الاموال وهو مما لا خلاف في صحته ولا اشكال انما الاشكال

في الاشتراك الحاصل بمجرد الشركة عقد والتكلم يحصل التوكيل اولم يعلم احدهما بفصل الوكالة
فما يظهر من المولى الاردبيلي من الميل الى صحة شركة الوجوه بل الى صحة الكل انه لم يكن اجماعا
على البطلان معللا برجوع بعضها الى الوكالة وبعضها الى التمليك بمال وبعضها الى بذل نفس
وعوض في مقابلة عوض غير مختص فان العموم افادة عقد الشركة فائدة الوكالة لا يقتضي التوكيل
ولا العمل بمقصدها وكذا افادتها فائدة الهبة والصلح في بعض الاحوال لا يقتضي تحققها
في نفسها لكونها عقدا مستقلا براسه لكنه الاصل في الشريعة فوجب الحكم بفساده والتعليل
برجوع بعضها الى الوكالة انما يناسب طريقة المخالفين الذين ذهبوا الى صحة الشركات الثلاث
الحاقا لبعضها بالوكالة وادعى بعضهم ورود النص في شركة الاعمال وذلك ان سعد
ابن ابي وقاص وعبد الله ابن مسعود وعمار ابن ياسر اشتركوا فيما يغنمونه فان سعد
باسيرين ولم يات بشيء فاقرهم النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك وشركة المفاوضة وذلك لما ورد عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة لكن النص غير ثابت مع ان الاول وارد
في غنائم بدر وقد قال في التذكرة انها كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فكان له ان يدفعها الى
من شاء والثاني ظاهر في مفاوضة الحديث لا في شركة المفاوضة المفسرة بان يشتركا
شخصان فصاعدا بعقد لفظي على ان يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويحصل لهم من
غنم ويلتزمان من غرم ولا يستثنيان من ذلك الا قوت اليوم وثياب البدن وجارية
يتسرى بها وزاد بعضهم استثناء الغرم الذي يحتاج اليه على حر ومثل الخلع والصداق
اذ لا اثر في ذلك لشيء من النصوص الواردة من الطريقين كما لا اثر لشركة الوجوه المفسرة
بما عرفت او بان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل على ان يكون الربح بينهما
او ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل
ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما او ان يبيع الوجيه مال الخامل
بزيادة ربح ليكون بعضه له فالحكم بصحتها ولو باحد هذه المعاني قول بلا دليل نعم

لو اذن احدهما للاخر في الابتياع والبيع وان كان توكيلا موجبا لدخول ذلك في شركة العنان
كما انهما لو عملا معا باجرة واحدة فدفع اليهما شيئا عوضا عن الاجرة اشتركا فيه وكان من شركة
العنان لكنه خروج عن محل البحث ولو فضا حب الحاعل استحقاق النصف مما يحصل في عمله
على ان النصف من ربح عمل الاخر كان من شركة الاموال او صح الصلح ولكنه في غاية الاشكال لعدم
وجود العوضين وللغرر والعظيم والضرر قوله وينسا وبان في الربح والخسران مع تساوي
المالين ولو اختلفا اختلف الربح ولو شرطا غيرهما فالاظهر البطلان اذا اشتركا في المال شركة
شركة عنان كان الربح والخسران بين الشريكين على نسبة المالين معا وبين المختلفين
او متفاوتين بلا خلاف فاجد بين الاصحاب مع اطلاق العقد وعدم اشتراط التفاضل لكون
الربح نماء المال والخسران بمنزلة التلف منه فيكون تابعا له قدرا وظاهرهم عدم الفرق
بان يكون العمل منهما او من احدهما او من ثالث ولا يستحق العامل منهما وان انفرد اجرة
على عمله لعدم ورود الشرع بالعمل من عقد الشركة فلا يلزم اجرة الا مع اشتراطها وحينئذ
فلا ما لا اشكال فيه وانما الاشكال فيما لو اشترط احدهما زيادة الربح مع تساوي المالين او
اختلافهما ولم يختص بالعمل ولا بالزيادة عن قدر المال فيه فان في صحة الشرط وبطلانه
قولين وعلى الاخير ففي بطلان عقد الشركة تبعا لبطلانه قولان فالمنسوب الى الاكثر بطلان
والشركة بل في الغنية الاجماع عليه وعن المرتضى صحتها مدعيا عليه الاجماع واختاره الفاضل
وولده ووالده وجمع من محققي المتاخرين وعن ابي الصلاح بطلان الشرط وصحة العقد
ولعل الاقوى صحة الشرط لعموم الامر بالوفاء بالعقود والوفاء بالشروط والاجماع المنقول وظاهر
اتفاقهم على صحة الشرط مع اختصاص احدهما بالعمل او الزيادة فيه ولا فارق بينه وبين ما اذا
كان العمل منهما معا وكذا ولم يكن عمل اصلا اذ لا موجب لاستحقاق الزيادة سوى الشرط والاولى
الربح عوضا عنه للفرق بين الامرين فان الاول انما يكون في النقدين وما يجري مجراه منه لكنها
والاخر على في مال الغير وهذا محل في مال نفسه وغيره مع ان القراض عند معظمهم

العرامة
والغرامة

بل لا يمكن تصوّره في صورة زيادة العمل من احدهما فالحاصل ان الغرض وجعل ما به اشبه مما لا وجه له اصلاً وامّا المالك الشرط فكما يصح التمليك به في مقابلة العمل فكذا يصح التمليك به مجاناً مع ان المجانية فلا تمنع في المقام ايضاً فان الشركة وانضمام المال بعضه الى بعض مما له دخل في زيادة الربح ايضاً كما في صورة زيادة العمل فكما صح اشتراطها من دون زيادة الربح لما مر لزيادة في العمل لحصول زيادة الربح بواسطتها فكذا يصح اشتراطها ممن رضي بالشركة وبمزج المالين والتصرف فيهما المحصّل لزيادة الربح في مال شريكه بواسطة الشركة حجة الاكثر على اندراج هذا الشرط فيما يجب الوفاء به لاجله في عقد الشركة وهي من العقود الجائزة التي لا يقصد لزوم ما اشترط فيها مع جوازها اذ لا يصح حكم التابع على المتبوع وان هذا الشرط منافٍ لعقد الشركة فان مقتضاه تساوي الشريكين في الربح والخسران كما يظهر من بعض المخالفين حيث اعتبر في صحة الشركة تساوي المالين او نقداً وجهاً وحسن انها مقدار المال ولذا لو اشترط الخسران على احدهما خاصة لم يصح الشرط من غير خلاف على الظاهر فكذا لو شرط الربح او شيئاً منه زائداً على ما يستحقه لاحدهما مضافاً الى ان الزيادة الحاصلة في الربح لاحدهما ليس في مقابلها عوض ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لينضم الى الحاصل العوض ولا اقتضى تملكها عقد هبة والاسباب المقتضية للملك معدودة وليس هذا منها فيكون من اكل مال بالباطل ولا يندرج في التجارة عن تراض وفيه ان المراد من جواز عقد الشركة جواز رفع الاذن بالتصرف الذي هو فائدة العقد المذكور والا فالشركة المتحققة بعد العقد من مزج المالين لا يمكن رفعها بل لا يرتفع الا بالقسمة وهي لا تنافي لزوم في نفسها كما لا تنافي الا فالتزام البيع في نفسه وقع تسليم انها من العقود الجائزة فنمنع عدم وجوب الوفاء بالشرط فيها بمعنى وجوب الوفاء به ما دام العقد فان معنى عليها ولا ينافيه سقوطه تبعاً لسقوطها وصحتها ودعوى منافاته لمقتضى عقد الشركة ممنوعة وانما هو منافٍ لاطلاقه كما ان الاجرة لمن اختص بالعمل مما هو منافٍ لاطلاقه ايضاً فلا مانع من اشتراطه

والنظر

والنظر باشتراط الخسران في غير محله لظهور منافاته لمقتضى العقد وانه ربما ادى الى اختصاص الشريك بجميع المال في بعض الاحوال ومما ذكرناه يظهر فساد دعوى انه من اكل المال بالباطل لعدم وقوعه في مقابلة عوض ولا في عقد معاوضة لمنع من اشتراط التملك بالشرط بوجود كل ما هو في بعضه سبب تملك شرعاً اذا انضم الى العقد الملازم او الجائز كما بيّناه ولا دليل على اعتبار وقوعه في عقد معاوضة حيث ينضم الى احد العوضين على ان عقد الشركة كان من العقود الناقلة لحصة مشاعة بمثلها فهو مندرج في المعاوضات ايضاً فيمكن ضمه الى احد العوضين مع انه حيث يشتركان في العمل لا مانع من اشتراط احدهما العوض على عمله وان كان متبرعاً بعمله وح فيصح الشرط المذكور في مقابلة اصل العمل وان لم يكن فيه زيادة على عمل الآخر بل ولو انفرد به اذ لا مانع من تبرع احدهما بعمله دون صاحبه فيكون استحقاق الزيادة في مقابلة العمل ولا يكون من اكل المال بالباطل بل من التجارة عن تراض فقد ظهر مما ذكرناه صحة هذا الشرط وعلى فرض بطلانه فالمتجه بطلان الشركة بمعنى الاذن في التصرف لابتنائها على صحة الشرط فلا اذن بل وفيها فلو عملا مع فرض البطلان فالربح تابع للمال من غير اشكال ويكون لكل منهما اجرة عمله بعد وضع ما يقابل عمله في ماله على ما قطع به جماعة من الاصحاب ولكن قد بيّنا فيه ما عرفت من ظهور الاذن مع صحة عقد الشركة بكونهما على جهة التبرع كونهما كذلك مع تعيّن فسادها فان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده نعم لو شرط احدهما او كلاهما اجرة على عمله او اشترط زيادة الربح في مقابلة عمله او الزيادة فيه فيه ثم فسدت فساد الشركة اتجه استحقاق الاجرة على العمل فان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقد يقع ان فائدته احترام عمل المسلم اذا وقع بالاذن من عمل الرفاهية يثبت الاجرة مطلقاً اذ الواجب لسقوطها مع صحة الشركة ظهور قصد التبرع من الاذن والعامل وهو لا يستلزم التبرع على تقدير الفساد اذ لم يقصد من الرجوع التبرع به الا على تقدير الصحة والغرض انتفائها ولا مدخلية لقاعدة ما يضمن بصحيحه وما لا يضمن في مثل ما نحن فيه فليتأمل قوله

وليس لاحد الشركاء الا ما اذن الجميع وبقي من التصرف على الماذون فان تعدى ضمن لا ريب في تحريم تصرف الشريك بدون اذن شريكه لقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه الا ان هذا مقتضى الشركة المتحققة من الامتزاج بالمزج ولو اختياراً اما العقد فحيث فان مفادها كما علم هو الاذن في التصرف الآن فلا احتياج معها الى تجديد الاذن من الشريك وكيفما كان متى تحقق الاذن جاز التصرف الا ان اللازم اتباع الاذن اطلاقاً وتقييداً ومراعاة الغبطة في الماذون او عدم المفسدة في وجه قوي كما في الوكيل ولو اقتضت المصلحة في غير ما اذن له الاطلاق مع تعذر اذن الشريك فالاظهر المنع من التصرف الا بالاذن الخاص لكونها لا تنافي الضمان ولا كون العقد بالنظر الى حصة الشريك فضولياً موقوفاً على الاجازة ولو عين الشريك نوعاً من التجارة وجب الاقتصار عليه فلو خالف ضمن ولو منعه من السفر فسافر او عين السفر في جهة فخالف الى غيرها كان ضامناً للتعدي وان صح بيعه التصرف الماذون ضامناً لو تلف فيما هو ماذون فيه في نفي الضمان وجهان اقواهما عدم الضمان للاصل واستناد التلف الى الاذن من حيث الاتيان بفعل الماذون فيه بناء على ما هو الظاهر من ان المنع من السفر لا يقيد اطلاق الاذن بالبيع وغيره من التصرفات ولو جعل من القبيل كان المتجه هو الضمان قوله ولكل المطالبة بالقسمة عرضاً كان الشركة المال او عقد الشركة عقد شركة كانت او معنوية من غير لا مزية في حق الشريكين الا ان يشترط بقائها في عقد لازم فلكل من المتعاقدين فسخ العقد بلفظ الفسخ فيبطل اثر العقد وهو جواز التصرف في المال المشترك ولا ينفسخ العقد بعزل احدهما صاحبه عن التصرف لبقاء اثر العقد بالنسبة الى العازل وهو الاذن في تصرفه الا ان يعزله صاحبه فيبطل فائدة العقد ايضاً لصيرورته ذلك بحكم الفسخ ولكل منهما طلب القسمة ايضاً من نفع الشركة معه وكما ينفسخ بالعزل والقسمة فكذا ينفسخ عقدها بالموت والجنون والسفه والفلس والاغماء على نحو غيرها من العقود الجائزة ولا يبطل اصل الشركة بذلك بل ينتقل حق القسمة الى الولي والوارث قوله والشريك امين لا يضمن الا بتعدٍّ او تفريط ويقبل في التلف هذا مما لا خلاف فيه ولا اشكال فان مال الشركة امانة بيد الشريك الماذون فلا

يضمن

يضمنه الا بتعدٍّ او تفريط كسائر الامانات ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق والحرق او خفياً كالسرق خلافاً لبعض اهل الخلاف فاوجب البينة في الاول ولو ادعى عليه التعدي او التفريط فالقول قوله ايضاً بيمينه لعموم اليمين على من انكر قوله ولو باع احد الشريكان ما لهما صفقة وقبض احدهما شيئاً من ثمنها شارك الآخر فيه اذا انعلق دين لاثنين في ذمة او في ذمم بسبب متحد كبيع مشاع او غيره بعقد واحد صفقة بينهما صفقة او في اثر مشاع او اتحاد عوضه ما لا اذا لم ينتقل اليهما ميراثاً او شراء بعقد واحد ونحو ذلك فاراد احد الشركاء الا بقدر حقه منها بقبضه من ذلك فان باع حصته او صالح عنها او وهبها بعوض او ضمنها ضامن باذن المديون فادى ورجع بما ادى او احال على المديون بقدرها فادى فلا خلاف في اختصاص ما اقبض عوضاً من استحقاقه للشاع لكونه تصرفاً فيه على انه ليس فلا مانع من التصرف بذلك ولا من اختصاص ما العوض اما لو قبضه وقبله عما في ذمته من الدين المشترك بنية انه له ودفع الغريم اليه ذلك بقصد البينة فهو اختصاص به لذلك خلاف بين الاصحاب فالمشهور على ما في التذكرة والروضة وغيرهما علم علم الاختصاص به بل ربما ذكر الآخر فيه وظاهر العبارة ونظائرها من المتون مجانب الشركة ولزومها في مقبوضه لكنه بعيد جداً فالمراد كان المقبوض الى نحو الشريك بين مشاركته والرجوع على صاحبه المديون ومستندهم في ذلك ان ما في الذمة كلي مشترك والمدفوع فرد منه فيكون مشتركاً وما من الاخبار في مسئلة بطلان قسمة الدين المشترك كصحيح سليمان وموثق عبد الله بن سنان وموثقة ابي حمزة وغيرها من الاخبار الواردة في شريكين اقتسما ما كان بايديهما من العين وما كان غائباً عنهما من الدين فقبض احدهما فكان له وغوى ما كان للآخر انه يرد على القابض ومما يذهب به الدعوى اشتراك في مسئلة قسمة الدين الى الضعف ففيه نظر في الدليلين لمنع تحقق الاشتراك في الدين على وجه يمنع من استيفاء احد الشريكين من الغريم حصته خاصة بل المسلم تعلق حق كل منهما في الذمة ولا فرق في ذلك بين اتحاد سبب استحقاقهما وتعدده في حصول اجتماع حقهما في الذمة مكله فكما جاز الاختصاص مع التعدد فكذا مع الاتحاد والمتجه عند التحقيق الى سبيل

متماثلين ايضًا مع انه لو كان الشيوع المانع من الاختصاص بدون القسمة ثابتًا في الدين كما في الا لعين
لامتنع الاختصاص فيما لو ناجل احد الحقين بعقد او شرط وفيما لو اسقط حقه من الرجوع فيما لبعض
الآخر لعدم حصول الافتنام المميز بينهما بذلك فلا منع ايضًا الحق لاحدهما مع مطالبته ودينا
الا باجتماع الشريكين وبتوكيل بعضهم بعضًا في القبض وهو ان لم يؤد الى التكليف بغير المقدور فلا
شبهة في كونه عسرًا وحرجًا لسبيل الحاجة غالبًا الى التخلص من حقوق بعض الغرماء دون بعض
ولو سلم الشيوع المذكور في نفس الدين فمن المعلوم ان ما في الذمة لا يمكن تأديته الا بواسطة الفرد
المقابل لما ثبت في الذمة ولذا لو دفع العوض للعيب في بيع السلم يتعلق به حكم المعيب من فسخ
العقد او الارش ولا اشتراك في الفرد ولا شيوع بل هو بمنزلة العوض عن الدين لكونه احد مصاديقه
فكما لا اشتراك في العوض الماخوذ عن الحق ببيع او صلح ونحوهما فكذا الاشتراك في الفرد المدفوع
لوجوب تخصيصها فيما لو كان القبض باذن الشريك وان نوى الدافع والمدفوع اليه الاختصاص اذ
لا تصير النية ما هو مشترك في نفس الامر مختصًا بل ينبغي وان لم ياذن في القبض لكون المدفوع على
هذا التقدير من مال الشريك غاية ان له الرجوع على كل من الدافع والقابض ولو تلف لتعديهما
في الدفع والقبض مع انه خلاف ما صرحوا به من تخيره بين المشاركة وعدمها فان اختار
الرجوع على المديون اختص القابض بما قبض لوضوح منافاة توقف الشركة على اختيارها الحكم
بكون المدفوع من مال الشريك كمنافاة الاختصاص مع الرد والرجوع على صاحبه لذلك فان
الاختصاص ان كان لحصول الشركة القسمة بين الشريكين بذلك ففيه منع وتحقق مثل هذا القسمة
لكونها من قسمة الدين ايضًا والا فلا وجه للاختصاص مع اللازم بقاء الشركة ان كان المال مشتركًا
او بطلان القبض وبقاء المال على ملك الدافع لعدم استحقاق القابض منه شيئًا اصلًا واحتمال تصحيح
القسمة بناء على اشتراك المقبوض بينهما بجعلها موقوفًا على قبض ما بقي في ذمة المديون لو
اختار الرجوع عليه بحصته لكونه من قسمة الاعيان مخالف لظواهر الفتاوى والعبارات
الناطقة باختصاص القابض بما قبض بمجرد رضى شريكه اختيارًا لرجوع بحصته على المديون

والله اعلم

وان لم يختص وبالجملة فاستفادتهما عليه المشهور من الدليل المذكور وارجاعه الى قواعد
الشركة في غاية الاشكال وكذا استفادته من النصوص المشار اليها الظاهر ورودها فيما اذا كان المقبوض
زائدًا على حق القابض ولا كلام في رجوع الشريك عليه واما الكلام فيما لو كان المقبوض بقدر
الحق فادون ومع ذلك فهو ظاهرة في الجزم بالشركة لا التخيير بين المشاركة وعدمها كما انها
ظاهرة في صورة القبض الاذن ولو في ضمن القسمة الفاسدة فيمكن لذلك تخصيص الشركة في المقبوض
لكون الحكم الاذن بحكم الاستنابة والتوكيل ولا يقدح عدم قصد النائب بعد تحقق القبض للاذن
منه ومحل البحث انما هو في قبض احد الشريكين حصته بغير اذن الشريك ولا دلالة في النصوص المذكورة
على تحقق الشركة في المقبوض بغير اذن والتعدية اليه لعليهما في غير محلها فلا يجوز الحمل بالجزم
المقبوض بالقابض كما هو المحكي عن ابن الجنيد وابن البراج ورجح اليه جمع من المحققين كالمحقق
في النحو والمحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهم وهو قوي جدًا لولا قيام الشهرة على خلافه
اذ يمكن بواسطتها تقويم دلالة النصوص المشار اليها بدعوى عمومها لمحل البحث وهو القبض بقدر
الحق ولو بواسطة ترك الاستفصال وصدق الجزم بالشركة فيها الى التخيير والتزام الاكتفاء
بالاذن الحاصل قبل القبض وبعده فليتم قوله ولو ادعى المشتري شراء شيء لنفسه او لهما اي
اي المشتري من الشريكين الماذونين في العمل ولا ريب في قبول قوله لكون الشراء لنفسه او على
وجه الشركة لانه من جميع الاحتمالات الى قصده وهو اعلم به حتى لو صرح في متن العقد بالقبول له
وللشريك قبل قوله في قصده لنفسه خاصة والغي التصريح بالشريك اذ ليس ذلك من الاقرار
للملزم المعتبر نعم لو اعترف بكون الشراء بمال الشركة لزم الاشتراك وان قصده لنفسه بخلاف ما
لو اشترى في الذمة ودفع من مال الشريك وانما اعتبر يمينه حيث يقبل قوله لامكان الاطلاع
على قصده ما اراده قوله كتاب المضاربة وهي ان يدفع مالًا الى غيره ليعمل بحصة معينة
من ربحه دفع المال للاتجار به او قصده به التبرع بالعمل وتمام الربح للمالك كان قرضًا
وان كان بطريق الاجرة من غير الربح كان اجارة وان كان قصده تمليك المال وربحه

كان قرضًا او هبة وان قصد العمل به على ان يكون العوض حصة معينة من ربحه كان مضاربة
في لغة العراقيين وقراضًا في لغة اهل الحجاز وجه التسمية بالمضاربة اخذها من الضرب
في الارض للسعي في التجارة مع تحويل طلب المالك له بعين لنا التقرب فتحقق المشاركة في المبدأ
او من ضرب كل منهم في الربح او من ضرب المال وتقليبه وبالقراض اخذه من القرض وهو القطع
لقطع المالك قطعة من ماله وتسليمها الى العامل ولاقتطاعه شيئًا من الربح مقابلة عمله
او من المقارضة وهي المساواة ومنه قارض الناس ما قارضوك لتساوي المالك والعامل في
اصل استحقاق الربح في كون العمل من احدهما والمال من الآخر وكيفما كان فقد علم ان المضاربة
هي ان يدفع المال ليعمل به على حصة من ربحه سواء صرح بلفظ المضاربة بان قال ضاربتك
او قارضتك او اعمل به مضاربة او لم يصرح بانه قال اعمل به ولك الربح كله فان صرح بلفظ
المضاربة كان مضاربة فاسدة دعاية للفظ فيكون الربح كله للمالك وعليه اجرة العمل
في الشرائع فاحتمل كونه قرضًا دعاية للمعنى لان استحقاق تمام الربح من توابع الملك وحكاه في
التذكرة عن احد وجهي الشافعية وهو ضعيف جدًا وان لم يصرح بلفظ المضاربة فقد جزم
المحقق والعلامة في التذكرة والتحرير والفاضل الشارح بكونه قرضًا وتشكل بان القرض تمليك
مال بعوض في الذمة ومجرد جعل الربح للعامل لا يفيد ذلك لكونه اعم منه ومن حصة المال
او هبة الربح قبل وجوده ومن القراض الفاسد ولا تصلح اصالة الصحة لتصحيحه مثله مع انها
لا تعين القرض لاحتمال الهبة ايضًا كما عرفت ومنه يعرف فساد الاستيناس لافادة ذلك القرض
بما ورد في جملة من النصوص من ان من تاجر فليس له الا راس ماله فان مقتضاها انقلاب
الاموال القراض قرضًا لكون التضمين من لوازم شرعًا خلاف الاشتراط الربح للعامل الكونه من لوازم
ايضًا لما عرفت من اشتراط الربح لانه اعم بخلاف التضمين مع ان ورود التضمين في النصوص
لا يوجب القدرة الاشتراط الربح مخالفة للضوابط الشرعية وموضع الاشكال ما اذا
لم يقصد العوض والقراض بالعقد المذكور او جهل القصد اما لو قصد القرض به فالمتجه

كونه

كونه قرضًا كما صرح به في المسالك حتى لو اتى بلفظ المضاربة ايضًا على تامل وكذا الحال فيما
قال اعمل به ولي الربح كله فان صرح بلفظ المضاربة كان قراضًا فاسدًا واحتمل في الشرائع كونه
مضاربة بضاعة والاقوى كونه بضاعة وقراضًا فاسدًا لما عرفت ولعل الارجح الاول لحيث
لا يعلم منه قصد الثاني ومقتضاه عدم استحقاق اجرة على العمل لان ذلك هو مناط البضاعة
على ما يظهر من الاصحاب لكن قد يشكل ذلك بما حكم به العلامة والفاضل الشارح من استحقاق
اجرة المثل لو اذن له بالعمل من غير اشتراط الربح له ولا للمالك لعدم تعقل الفرق بينهما بين اشتراط
الربح للمالك وعدم اشتراطه في استحقاق الاجرة وعدم استحقاقها الا ان يدعى انه المتبادر
الى الذهن من اشتراط الربح للمالك ارادة التبرع بالعمل والتوكيل فيه لا الاستيجار وعليه كما
لو صرح به فقد بضاعة او قال اعمل به ولا اجرة لك ولكنه لا يخرج عن اشكال بل مقتضى اصالة احترام
عمل المسلم الماذون فيه من المالك استحقاق الاجرة عليه الا ان يقصد بعمله التبرع وان قال المالك
المقداد على ما حكي عنه انه قال اي المالك اعمل به فلا اجرة لك فهو توكيل في الاستيجار من
غير رجوع عليه باجرة وان قال ولك اجرة كذا فان عين عملًا مضبوطًا بالمدة او العمل فذاك
اجارة والا يعني فجعالة ولو سكت فان تبرع العامل بالعمل فلا اجرة له والا فله اجرة
كان ذلك العمل الراجع عرفًا فله اجرة مثله انتهى وهو حسن كما استحسنه جمع من المتاخرين
والقائم عدم الفرق في استحقاق الاجرة مع الاطلاق بين كون العامل من المعتادين لاخذ الاجرة
كالسمسار والدلال وغيره اذا كان العمل مما له اجرة في العادة قوله وهي جائزة من الطرفين
لا خلاف في ان المضاربة عقد مفتقر الى الايجاب والقبول وانها من العقود الجائزة كالوكالة
والشركة بل قيل انها عينهما لكونها توكيلًا وكالشركة في الابتداء وقد تصير شركة في الاثناء لكن
في تعريف المصنف وغيره لها بدفع المال ما قد ينافي عقديتها لكون الدفع فعلًا والعقد
من مقولة الالفاظ الا ان يتم بان تعريفهما بالدفع لكشف المعنى وايضاحه حيث هو
من لوازم العقد وتوابعه غالبًا والا فتسليم رأس المال الى العامل غير داخل في حقيقتها

ولا هو شرط في صحتها ولذا جاز اشتراط المالك في عقدها بقاءها لمنافاته والرجوع اليه في نظره
ومقتضى عقد بها عدم الاكتفاء فيها ايجابا وقبولا لكن المشهور كفاية الفعل في القبول كما في الوكالة
لكونها نوعا منها خلافا لما ينسب الى ظاهر القواعد وغيرها من اعتبار اللفظ الدال على الرضا
بالايجاب نظرا الى انه عقد معاوضة مختص بجنس فلا يشبه الوكالة التي هي اذن مجردة ولا يشبهه
في كونه الا وفق بالامر اقتصارا على المتيقن فيما خالف الاصل الا انه خلاف ما عليه العمل المستمر
من الاكتفاء بقبولها في قبولها بعد الايجاب بقبض المال وتسلمه والعمل به من غير لفظ يعقب
الايجاب بل لا يبعد الاكتفاء في تحقق المضاربة بالفعل المجرد في كل من طرفي الايجاب والقبول
نحو المعاطاة في البيع والاجارة ونحوهما لما قيل من استمرار السيرة عليه وصدق اسم المضاربة
عرفا وتجارة عن تراض وان كان لا يخلو من تامل وعليه فيتعين كون المضاربة حسب عقد تدري
غيرها لكن لا اتحاد نظرها فائدة بينهما لاشتراكهما في صفة الجواز وعدم اللزوم وفي ترتب الآثار
من استحقاق العامل حصته من الربح سيما مع الاكتفاء في العقد به في ايجابها بكل لفظ لكونها
من العقود الجائزة وفي قبولها بكل ما دل على الرضا ولو فعلا ولعله لذلك تسامحوا في ذكر بعضها
بل فيع المال على الوجه المذكور وبعبر في عقدها بما بعبر في سائر العقود من التنجيز والتواصل
بين الايجاب والقبول واحتمال الاكتفاء بها من غير تو اصل لعموم الوفاء بالعقود بالعقو
وللتسامح في العقود الجائزة المكتفى بكل لفظ غير بعيد الا ان الاحتياط في الاقتصار
على المتيقن فيما خالف الاصل قوله ولا يصح اشتراط اللزوم او الاجل فيها وتتم المنع
من التصرف بعد الاجل الا باذن جديد الظاهر ان المراد من نفي صحة اشتراط اللزوم او الاجل
هو البطلان وبتبعه بطلان العقد على المشهور وبظهر من الروضة تفسيرها بنفي اللزوم بمعنى
انه لا يجب الوفاء به بالشرط ولا تكون لازمة بذلك ولا في الاجل بل يجوز فسخها قبله
تامل في تشريك المصنف بين اشتراط اللزوم واشتراط الاجل في الصحة وعدمها لو لم الشرط
من حيث ان المشهور ان اشتراط اللزوم مبطل لانه حكم منافي لمقتضى العقد فاذا فسد الشرط

بنعه

بنعه العقد بخلاف شرط الاجل فان مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص وهو غير مناف
قال ويمكن ان يريد المصنف ذلك وانما شرك بينهما في عدم صحة الشرط مطلقا وان افترقا في لزوم
الحوقلة لا موجب لصرف نفي الصحة في العبارة الى نفي اللزوم بل المتعين حمله على ما هو
ظاهره من ارادة البطلان لانه لا خلاف في بطلان اشتراط اللزوم لكونه منافيا لما يقتضيه عقد
المضاربة من الجواز فان المراد من اشتراط لزومها ان لا يملك فسخها ولا يمكن منه ولا منافاة
في ذلك ببعض لما بنيت عليه المضاربة وسائر العقود الجائزة من امكان فسخها المنافي لذلك
شرعا اذ لو صح ذلك لادى الى قلب العقد الجائز عقدا لازما بالشرط ومن المعلوم ان الشرط
انما يتعلق بالمشروع ولا يكون مشرعا ولعل المراد من اشتراط اللزوم ان لا يوقع الفسخ الى آخره
وان كان بحيث لو خالف الشرط فسخ العقد انفسخ فانه شرط صحيح لا منافاة فيه لمقتضى
العقد غير مندرج في اشتراط اللزوم المسلم على فساده ولذا ناقش في بطلانه بعض المتاخرين
الحاقا لاشتراط اللزوم في العقود الجائزة باشتراط الجواز في اللازمة فكما ان اشتراط الفسخ
فيها صحيح لا منافاة فيه لمقتضى العقد فكذا اشتراط ان لا يفسخ في الجائزة لكون الجواز واللزوم
من الاحكام الخارجة عن مقتضى العقد وفيه منع ظاهر لما اوضحناه من منافاة اشتراط اللزوم
لمقتضى العقود الجائزة واما اشتراط الجواز في اللازمة بمعنى استحقاق الفسخ فلا منافاة
فيه اصلا لكون الثابت في محله بالاصل حق للمتعاقدين فلهما اسقاطه بالشرط كما لهما ذلك
بالاقالة وكما سقط في جملة من الخيارات لحديث الضرر فكذا اسقطا بالاشتراط لعموم الوفاء
بالشروط فلا اشكال في بطلان اشتراط اللزوم ولا مناص عن حمل كلام المصنف عليه ومع ملاحظة
حمله عليه ايضا في اشتراط الاجل الجمع بين الشرطين وتشريكه بينهما بنفي الصحة ونفي
الصحة على البطلان بالنسبة الى اشتراط اللزوم وعلى نفي اللزوم بالنسبة الى اشتراط
الاجل تجوز لا شاهد عليه سوى ملاحظة ان اشتراط الاجل بمعنى تقييد الاذن بالمدة
مما لا مانع من صحته وتكون فائدته المنع من التصرف بعدها الا باذن جديد بل وغير الاشتراط

حمله

الاجل بمعنى تقييد الاذن بالمدة مما لا مانع من صحته وتكون فائدته المنع من التصرف بعدها الا
باذن جديد وعبارة اشتراط الاجل الغير بعيد كما انه يصح صحيح وهو لازم ايضا اذ لا مجال
لتوهم جواز الاخلال به مع صحة العقد لانه اشتراط بانقضاء الاذن مع انه لا يتعين ارادة
المصنف ذلك من اشتراط الاجل بل الظاهر ان مراده اشتراط بقاء المضاربة بينهما الى الاجل المعين
ومرجعه الى اشتراط لزومها بينهما في هذه المدة ولا شبهة في بطلانه اذ لا فرق بين اشتراط اللزوم
مطلقا او موقتا في البطلان ولا ينافي ارادة هذا المعنى من التاجيل جعل المصنف ثمرة الشرط المنع من
التصرف بعد الاجل الا باذن جديد لصلاحيته ثمرة للكل من التاجيلين اعني تاجيل الاذن
بالمدة او تاجيل بقائها وحدها ولزومها لا نقضاء المدة فان التصرف بعد انقضائها لا يكون
بالاذن بل بتبرعا لا يستحق عليه اجرة فليتدبر قوله ويقتصر في التصرف على ما اذن المالك له
لا خلاف في وجوب اقتصار العامل على ما اذن له المالك فيه من العمل حرمة التصرف في مال الغير
بغير اذنه ولا يفيد عقد المضاربة جواز التعدي عن الماذون لكون العامل فيه بمنزلة الوكيل
فلا يتعدى عما وكل فيه ولا يبطل عقدها بالتخصيص بجنس من سلعة معينة نوعا او تخصيصا
او بيعا لرجل معين بعينه او شراء منه وان ادى الى تضييق المالك على العامل بان عين نوعا يندر
وجوده كالياقوت الاحمر والخز الادكن وصيد الخيل البلق خلافا لبعض اهل الخلاف حيث ابطل
القراض بذلك وحكم بتخصيص السلعة والبايع والمشتري معينا اخلالا لذلك بما هو المقصود
من المضاربة من تقلب المال وطلب الربح وهو ضعيف وسيجيء في كلام المصنف انه لو تجاوز العامل
ما عينه المالك ضمن وكان الربح بينهما على الشرط قوله ولو اطلق تصرف بالاسترباح اذا اطلق
المالك العقد تصرف العامل بالمال في كل ما يظنه مفيدا للاسترباح فلا يتقيد بنوع ولا
زمان ولا مكان الا انه ليس له السفر به عند علمائنا كما في التذكرة الا مع الاذن الصريح او
المستفاد من القرائن الحالية لكونه تغريرا بالمال من غير حفظ به امين الطريق ونحوه
وما في كلام المصنف المنع من البيع نسيئة وبدون ثمن المثل وبغير نقد البلد حملا للاطلاق

على

على المتعارف كما في الوكالة لكون المضاربة نوعا منها لكن نقاد فيها في جواز شراء المعيب مع الغبطة
وتخيره لو اشتراه جاهلا بين امساكه بالارش ورده على حسب مصلحته في التجارة والاختيار
للمالك بخلاف الوكيل فانه ليس له الا الشراء الصحيح عملا بالمتعارف ولو اشترى المعيب جاهلا فالخيار للمالك
الموكل والفارق ان تصرف العامل لمصلحة التجارة والوكيل لمصلحة الموكل وربما كان غرضه القنية
ومنه يظهر ان الا قوى جواز البيع بالعروض وان لم يجز ذلك للوكيل مع الاطلاق لما عرفت مما
يتبع اطلاق العقد هنا تولي العامل ما يتولاه المالك بنفسه في التجارة من عرض القماش على
المشتري ونشره وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه ونحو ذلك ولو استاجر غيره عليها لزم
المالك الاجرة لانقضاء الاطلاق مباشرة المذكورة ونحوها بنفسه مع الامكان من غير استحقاق
لشيء في مقابلتها سوى الحصة ويضمن العين لو تلفت في يد الاجير نعم له الاستيجار على ما
جرت العادة به كالدلال والحمال ووزان الامتعة الثقيلة ونحو ذلك مما لم تجر عادة على مباشرة
مثلها ولو باشر ذلك فاصلة التبرع لا يستحق اجرة ولو قصد الاجرة قوي استحقاقها بناء على
تناول الوكالة في الاستيجار للوكيل ولو عمل من غير قصد ففي استحقاقه الرجوع بالاجرة وجهان
اقواهما ذلك لقاعدة احترام عمل المسلم وضمانه بالاستيفاء قوله وينفق في السفر
كمال نفقته من اصل المال لا خلاف في ان نفقة العامل في الحضر على نفسه الا مع الشرط واما
في السفر حيث يكون ماذونا فيه مع الاطلاق فقد اتفقوا كالحضر وقيل ما زاد على الحضر
فيه من اصل المال ولا اعرف القائل به من الاصحاب والمشهور ان تمام نفقته من اصل المال
بل عن الخلاف دعوى الاجماع عليه لصحيح علي بن جعفر عن اخيه قال المضارب ما انفق في
سفره فهو من جميع المال واذا قدم في بلده فما انفق فمن نصيبه ونحوه خبر السكوني عن الصادق
وظاهره خروج النفقة من اصل المال ظهر او لم يظهر عمل المضارب في المال او لم يعمل
مما لا خلاف فيه وان احتمل بعض الافاضل عدم استحقاق النفقة الا بعد ظهور الربح فتخرج
النفقة حينئذ من مجموع الاصل والربح فان لم يكن هناك ربح فلا نفقة له لكنه لا عامل فاثل به

نفقته

ويظهر من بعض المعاصرين خروج النفقة من الاصل ان لم يظهر ربح فان ظهر ربح فمن مجموع المال اصلاً
وربحاً ولعله للتبادر من اطلاق النص والفتوى كما اومى اليه السيد في الرياض ولكن صرح
جماعة منهم العلامة في التذكرة والفاضل الشارح وغيرهما باحتساب النفقة في الربح على
تقدير ظهوره وهو الوجه لكونها احتسابا لجهة التجارة كاجرة الدلال والحمال والمكيال ولا
مخرج لذلك بعد ظهور الربح الا منه لكونه وقاية لراس المال كما سيأتي فالمراد من النفقة
كلما يحتاج اليه في السفر من ماكول ومشروب وملبوس ومركوب ومسكن والات لحمل المتاع
والتجارة كالمزاود والجوالق ونحوها مراعيا في ذلك ما يليق به من غير عادة اسراف ولا
تقتير فان اسرف حسب عليه وان قتر لم يحسب له لان هذه النفقة مواساة كنفقة الاقارب
والارحام لا دين ولا انه القدر من قوله ثم ما انفق في سفره فهو ما انفقه ضرورة في النفقة
لا ما يمكن صرفه فيها فيجب الاقتصار فيما خالف الاصل على مقتضى النص وفي الحاق دالته
والكرام ضيوفه ونحوها مما يليق بحاله من الصلات في السفر بالنفقة وجهان احوطهما العدم نعم لا
يبعد الحاق ما ينفقه لمصلحة المال وحفظه من مصانعات اللصوص والاعراب بالضيافات
والعطايا ونحو ذلك ولو زاد من النفقة شيء بعد انقضاء السفر رده الى المضاربة ولانه
حيث يريد العود الى السفر اذا لم يخش فساده ولم يمكن بيعه قبل السفر اعود والمراد من السفر
العرفي لا الشرعي فلا فرق في قصد المسافة وعدمها وبين طول المدة وقصرها ولا بين
حالتي الذهاب والاياب ولا بين لحوق حكم الاتمام له وعدمه ولا بين كون السفر عمله
وعدمه ولو كان ممن لا وطن له كاهل السياحات ففي لزوم نفقته اشكال وكذا لو افتقر الى
الدوران في البلد والبلاد الواسعة كاصبهان والاحوط في مثله الانفاق من ماله خاصة
ولو انفسخ المضاربة في السفر فالنفقة على العامل من حيث الفسخ ولو تعدى في سفره
عن الماذون فيه فلا نفقة له وان صحت المضاربة ولو اشترط النفقة على العامل لزم الشرط
لكون الانفاق عليه من الاحكام لا من مقتضيات العقد فلا يكون اشتراطها على

عمل

عن المالك منافيا لمقتضى العقد ولو علم من حال المالك عدم رضاه بالانفاق في السفر من ماله
لم يجز الانفاق منه وكان بمنزلة اشتراط النفقة على العامل لما اشرنا من كون النفقة هنا مواساة
فلا تناولها مع العلم بعدم الرضا ولان اطلاق الاذن بالسفر على هذا التقدير مقيد بقرينة
١٢١ الحال وربما اذا لم تكن النفقة من ماله والا فلا اذن في السفر فلو انفق والحال هذه كان
لانفاقه في السفر الغير الماذون فيه ويظهر من بعض المعاصرين ان رضا المالك شرط
في جواز اخذ النفقة المذكورة حتى لو كان المالك جاهلا بالحكم والعامل عالما به لم يجز
للعامل الانفاق حتى يعلمه بالحال لكنه خلاف ظاهر النص والفتوى فان المستفاد منهما جواز
تناول العامل النفقة الا مع اشتراط عدمها او ما هو بمنزلة الشرط من القطع بعدم الرضا
نعم في التذكرة انه لو نهاه عن الانفاق من مال القراض في السفر لم يجز الانفاق سواء احتاج
اولا بل ينفق من خاص ماله ولا دلالة فيه على اشتراط الرضا ولا على المنع بعد اطلاق العقد
وتحقق السفر بل لعله ظاهر في النهي المقارن للعقد والملازم فيه لكونه في معنى اشتراط ان
ينفق من ماله ولو اشترط العامل النفقة في السفر على المالك صح وكان مؤكدا لمقتضى
الاطلاق وفي اشتراط تعيينها احتمال لدفع الغرر المنهي عنه وللجهالة المؤدية الى تجهيل العقد
وجهان اظهرهما عدم اعتبار التعيين لانضباط النفقة بالعادة فلا حاجة الى
ضبطها والتحقق ولانها ثابتة بحاصل الشرع مع الاطلاق فلا يزيد الاشتراط على الثابت
بالاصل ويجب الاقتصار في السفر على ما يحتاج اليه للتجارة وما يتعلق بمصالحها فلو
اقام زيادة على ذلك لاستراحة او لتحصيل مال غير مال التجارة ونحو ذلك فلا نفقة له
في مدة الاقامة بخلاف ما لو اقام لخوف الطريق او انتظار الرفقة ونحو ذلك من مصالح مال
القراض فان النفقة متعلقة به ولو اقام للتجارة ولامر آخر بحيث يكون كل واحد منهما
جزء علة او علة مستقلة ففي تقسيط النفقة عليهما او اختصاص النفقة بمال المضاربة
او التفصيل بالتقسيط في الصورة الاولى دون الثانية بل تكون النفقة فيها من مال

المضاربة او سقوط النفقة معا وجوه اظهرها الاول ولو استصحب المضارب معه في السفر مالا
لنفسه للتجارة ففي تقسيط النفقة او اختصاصها بمال المضاربة او التفصيل بين ان يكون غير
مال المضاربة علة في السفر او جزء علة فالتقسيط والا يكون كذلك فالنفقة من مال المضاربة
خاصة وجوه اوجهها الاخير ولو كان معه مال لغيره اخر ماذون في السفر فيه لم يكن له الا نفقة
واحدة موزعة على المالين بنسبتهما لا بنسبة العملين على الظاهر لتحقق علة الاستحقاق و
هي صلاحية وصف المضاربة في الجميع ولا مرجح لاحد ويدل على ذلك في قوله ثم من جميع المال فانه
شامل للمال الجميع ولا فرق في ذلك بين اطلاق العقدين واشتراط النفقة في كل منهما او اطلاق
احدهما واشتراط الاخر ولا بين علم كل واحد من المالكين بعقد الاخر او جهلهما او علم
احدهما وجهل الاخر لاطلاق ما اشرنا اليه من الدليل القاضي بالتوزيع لكن في التذكرة
والمسالك وغيرهما انه لو شرط العاقد الاول النفقة من ماله والحق الاخر وكان الاول
عالما بالمضاربة الثانية كانت النفقة على الاول خاصة ولو كان جاهلا وزعت النفقة
عليهما وكان وجهه ان علم الاول بالحال واشتراط كمال النفقة على نفسه مبني على ارادة
الاختصاص بالانفاق والتبرع به عن الاخر وهو غير واضح مع انه لا دليل على اختصاص الاول
بالنفقة مع العلم وان اشترطها على الاخر ايضا ولعله مما لا تأثير له قوله ولينشر نقدا
بنقد البلد بثمن المثل فما دونه وليبع كذلك فما فوقه لما كان عقد المضاربة في الوكالة
الاطلاق محمولا على المتعارف في التجارة فكما يجب على الوكيل شراء وبيعا الاقتصار على
النقد دون النسيئة وعلى نقد الغالب البلد ثمنا وعلى ثمن المثل فما دونه ان كان شراء
وما فوقه ان كان بيعا حملا للاطلاقات على المتعارف فكذا يجب على المضارب لذلك
ولما في البيع والشراء نسيئة من الضرر على المالك بتولده باحتمال فوات ثمن المبيع عليه
واحتمال تلف ما دفعه العامل من الثمن فيبقى في ذمته لكن قد سلف ان عقد المضاربة
يفارق الوكالة في بعض المطالب حيث ان الغرض الاقصى منه تحصيل الربح ولذا جاز شراء

المعيب

المعيب وتخيره في الجهل بين الرد والارش وجاز البيع بالعرض على ما صرح به جماعة فيمكن
جواز البيع والشراء نسيئة مع الغبطة وفرض المصلحة وكذا بغير النقد الغالب لكونه في معنى
١٢٢ العرض بل وبما دون ثمن المثل في البيع وبما فوقه في الشراء وان كان فرض المصلحة بذلك
نادرا فلذا جعل في الرياض المدار فيه الجواز بذلك وعدمه على حصول المصلحة وعدمها
والحق ان اعتبار المصلحة لا ينافي حمل الاطلاق على المتعارف فما فيه المصلحة غالبا وفرض المصلحة
فيما ذكر من بيع النسيئة وشرائها وبغير نقد البلد من العروض النادرة فلا يحمل عليها
الاطلاق بخلاف شراء المعيب والبيع بالعرض فان الاسترباح بذلك متعارف بين
التجار ولا عبرة برأي العامل في وجود المصلحة مع مخالفته المتعارف بينهما في تحصيل الربح
فما عليه المصنف والجماعة من مراعاة النقد وثمن المثل هو الاوفق بالصواب وحيث ان خالف
العامل ما اقتضاه الاطلاق من الاذن فلم يكن بيعه وشراؤه ماضيا بل كان فضوليا موقوفا على الاجازة
فان اجاز صح والا بطل وكان ضامنا لما دفعه من مال المالك ثمنا ومثمنا عليه مثلا او قيمة
لبائعه ولا ضمان مع الاجازة لكن صرح جماعة منهم المحقق الثاني والفاضل الشارح انه لو باع نسيئة
فاجاز المالك كان العامل ضامنا للثمن ان لم يقدر على تحصيله وهو ظاهر التذكرة نظرا الى
ان ذهاب الثمن صار بتفريطه وربما استشكله بعضهم من حيث ان الاجازة اقتضت رضا
المالك بكون الثمن في ذمة المشتري ولم يحصل من العامل ما يقتضي ضمانه وان كان ضامنا
للعين التي باعها به من غير اذن حتى لو كان غاصبا فباع المغصوب نسيئة فاجاز المالك
برئ الغاصب من الضمان لانتفاء حكم التعدي بالعين وتقبيضها للمشتري وصار حق
المالك في ذمة المشتري وفيه ان اجازة المالك للبيع لم ترفع الضمان الناشئ من التعدي
بالعين وتقبيضها للمشتري اذ لا ملازمة بين اجازة البيع والرضا بالتقبيض لم يرتفع الضمان
بسببه غايته ان ضمان العين قبل الاجازة انما كان بالمثل او القيمة وبعدها بالثمن لاستحقاق
المالك له بالبيع الصحيح فلعل ما ذكره الجماعة في ضمان العامل الثمن له لذهابه بتفريطه

اولى واسد **قوله** ويشتري بعين المال لا بالذمة الا مع الاذن فان الشراء كما لا يجوز ان يشتري
العامل نسيئة مع اطلاق العقد الا مع الاذن فكذا لا يجوز مع الاطلاق ان يشتري في الذمة
وان كان على وجه الحلول وارادة الدفع من مال المضاربة عملا بما قطع به كثير من الاصحاب
معللين بعدم انصراف الاطلاق الى غير الشراء بنفس العين وبتعرض المالك مع الشراء في الذمة
لاحتمال تلف المال بل دفعه للبايع فيبقى في ذمته وبان المقصود الربح بمال المضاربة وهو
العين وربح ما في الذمة ليس ربحا له ولا يخفى ما في هذه التعاليل من الضعف لاطلاقه
لمنع انصراف الاطلاق الى الشراء بالعين بل الغالب في التجارة ان الشراء بالذمة ودفع العين
قاعدتها ولا خصوصية للعامل في التزام جعل نفس العين ثمنا بل العامل مع الاطلاق يتولى
ما يتولاه المالك من عرض الامتعة ونشرها وكيفية بيعها وشرائها كما صرح به كثير من
الاصحاب فمنزلة العامل بالنسبة الى الكلي على وجه الحلول هو الفرد وفاء عند اخلاف الاذن
ومنه لو في الاطلاق وما ذكر من التضرر لا يصلح علة بعد استناد الاذن من الاطلاق كما
كما ان ما ذكر ثانيا فانه لما هو المقصود من الربح بمال المضاربة ممنوع والا لما صح ذلك مع
الاذن وكان مضاربة يصح يستحق العامل الربح بسببه وجهان دفع الغرر عن الكلي
عما من المال الذي يستحق العامل بواسطة الربح وان الشراء اذا كان على وجه الحلول
والدفع من مال المضاربة فهو ربح في صدق التجارة بمال المضاربة بل فيه يتسامح عرفا بصدق في
الشراء بنفس العين على مثله فكذا اشتمل الحكم المذكور وهو الشراء بنفس العين مع الاطلاق
جماعة من المتأخرين والمقدس الاردبيلي وغيره وهو في محله فلعل غرض الاصحاب من
منع الشراء بالذمة صورة حيث لا يراد الوفاء من خصوص مال المضاربة او يراد لكن منه
بالنظر الى نفس العقد وحاق اللفظ مع قطع النظر عما يقتضيه العرف الذي لعله كان قبل
ذلك مخالفا لما هو المتعارف في هذه الاعصار وكيف كان فلو خالف العامل الشراء بالعين
فاشترى في الذمة فان كان من نيته الشراء للمالك ولو اجاز لا بان يقصد الشراء بعنوان

المضاربة

المضاربة ولو ذكر ذلك لفظا وقع موقوفا على اجازة المالك فان اجاز صح والا بطل لكن في
تحققه مضاربة مع الاجازة او على وجه المضاربة وجهان اظهرهما العدم لعدم الملازمة بين
صحة الشراء للمالك وكونه مضاربة وعدم صلاحية الاجازة لتصحيح مضاربة فان
الاجازة انما تصحح العقود ولا ارتباط لها بالاعمال بحيث تصير العمل المتبرع به مضاربة
او مستحقا عليه الاجرة ولو قصد شرائه للمالك لكن بنيته لا لفظا ومع الشراء للعامل
ظاهرا او موقوفا او مطلقا فان لم يجز المالك كان باطلا في نفس الامر ويجب على المشتري
التخلص من البايع ولو قصد المشتري نفسه اختص به ظاهرا وباطنا وان دفع من مال المضاربة
ووفاء عما في ذمته فعل بالتزام اما لو لم ينو المالك ولا نفسه بل اطلق قصد الشراء ففي وقوعه
لنفسه او للمالك وجهان اظهرهما كونه له الا ان يكون من قصده حمل المضاربة فانه في قوة
١٢٣
بما للمالك **قوله** ولو تجاوز ما حد له المالك ضمن والربح على الشرط اذا تعدى العامل
المضاربة فان سافر به الى جهة بعد نهي المالك عن اصل السفر او عن تلك الجهة المخصوصة
او اشترى سلعة قد نهاه المالك عن شرائها ونحو ذلك خالف فقطع الاصحاب من غير خلاف
يعرف بينهم بضمان العامل وعدم فساد المضاربة بل الربح بينهما على حسب ما وقع من الشرط
عملا بالنصوص المعتبرة لصحيح ابن مسلم عن احدهما عليهما السلام في الرجل يعطي الرجل المال
مضاربة وينهاه ان يخرج به فخرج قال يضمن المال والربح بينهما وصحيح الحلبي عن القسم
في الرجل يعطي المال فيقول ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال فان
جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح
فهو بينهما وصحيح جميل عنه عم في رجل الكتاب عنه عم في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال
له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما امر صاحب المال ونحو
صحيح الحلبي وفي صحيحه الآخر عنه عم في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط
عليه قال هو ضامن والربح بينهما وصحيح جميل عنه عم في رجل دفع الى رجل مالا

ليشتري به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي امره قال هو ضامن والربح
بينهما على ما شرط الى غير ذلك من الاخبار المتضمنة بعمل الاصحاب والمحكي عن السرائر و
الغنية على ذلك في خصوص المخالفة بالسفر الذي تضافرت الاخبار النصوص ما ابن عصيان
المالك غير لا يوجب بطلان المضاربة وان اوجب الضمان بل يظهر من التذكرة انه وفاقي بين
المسلمين عدا ابن الجنيد حنبل فقد ذهب الى اختصاص المالك بالربح مع المخالفة وجعل
تصرف العامل معها كتصرف الاجنبي في عدم استحقاق شيء اصلا كما هو الاوفق بالقواعد
الشرعية فان تصرف العامل حينئذ تصرف بغير اذن فيه ومن ثم ترتب الاثم عليه والضمان فلا
يتصور بقاء المضاربة مع انتفاء الاذن وقد عرفت سمعت ان الظاهر تسالم الاصحاب على ان مخالفة
ما اقتضاه اطلاق العقد من البيع نسيئة او باقل من ثمن المثل او بغير نقد البلد توجب
فضولية التصرف وانتفاء المضاربة مع الاجازة وعدمها وليس ذلك الا لان الاطلاق لتقييده
الاذن بالمتعارف فكما ان التعارف يوجب تقييد الاذن فكذا التصريح اما بطريق الامر والنهي او
بطريق التقييد والتوصيف او بطريق الاشتراط في ضمن العقد ونحو ذلك بل التصريح ابين في
طريق الاذن على ما صرح به المالك الآن عمل الاصحاب بالنصوص المذكورة اوجب الخروج
عن مراعاة القاعدة الشرعية الآتية في ذلك ولولا لامكن حمل النصوص على ان بقاء المضاربة
انما هو بحسب الاشتراط الاشتراط للضمان لا لاصل العمل كما يومي اليه ما في صحيح الحلبي وخبر
ابن عيسى ونوادره ان العباس كان يشترط على عماله ان لا يركبوا بحرا ولا ينزلوا واديا ولا
يشتروا ذا كبد رطبة فان فعلتم فانتم ضامنون وقد يدعى ان هذا النحو من الاشتراط كان
هو المتعارف في تلك الاعصار فينبغي ان تحمل عليه هذه الاخبار المصرحة بالضمان و
استحقاق الربح لو حمل على مخالفة الامر والنهي الصادرين بعد العقد بناء على انها خارجان
عنه غير مخصصين للاذن الحاصل من المضاربة لان العقد منها انما هو الربح ظاهرا واسم
المالك ويضيق كان لاجله فاذا ظهر ربح في غير ما امر ونهى صح تعلقه تبعا للقصد الاول

فيكون

فيكون تصرفه كتصرف الوكيل لو عين المالك شراء شيء معين بثمن معين فاشتراه باقل منه او بعين اخرى
غيره بما عين من الثمن فانه تصرف فيما وكله ولو باذن الفحوى ويمكن ان تكون الشروط المأخوذة
١٢٤
في المضاربة من المالك لتحصيل الربح امره ويخبر الخارجين لا تقيد سوى الالزام
الالتزام من غير تخصيص للاذن ولو مع ملاحظة القرائن الحالية وعليه فتكون الاخبار
غير مخالفة للقواعد الشرعية لكن الانصاف ان ارجاع النصوص الى مقتضى القاعدة في
غاية الاشكال الآن مجمل الشروط فيها لخصوص الضمان وهو خلاف ما عليه الاصحاب
من افادة الشرط تخصيص الاذن وقصرها على ما اشترطه المالك ولذا حكموا بالاثم مع المخالفة
ولولا تقييد الاذن لم يترتب الاثم ولا مناص عن التزام العمل بها وان كانت مخالفة للقاعدة
لعمل الاصحاب بها الا انهم بين مقتصر على خصوص ما ورد في النصوص من المخالفة
في السفر كالمحقق في الشرائع والنافع وربما اضيف اليه المخالفة في نوع المتاع المأذون
فيه لوروده في بعضها نقلا لمخالفة القاعدة وبين حاكم بالتعدي ان جاوز ما عينه
المالك من الزمان والمكان والصنف وما البطلان ان تجاوز بالعين والمثل والنقد ونحو
ذلك مما يقتضيه اطلاق العقد وبين مطلق للتعدي مع تجاوزه ما عينه المالك كالمحقق و
الاكثر ولعله الاظهر لعموم السؤال والجواب في كثير مما اشرنا اليه من النصوص وعدم صلاحية
ما ورد في السفر ونحوه للتخصيص لعدم المنافاة بينهما نعم ينبغي تقييد الحكم بما اذا كان الشرط
غير مؤكد لمقتضى العقد فان مخالفة ما يقتضيه العقد من العين والنقل والمثل توجب
البطلان اشترط ذلك او لم يشترط لانه تمام التقييد للاذن وتسهيل تخصيصها بما هو المتعارف لانقضائه
عرفا ولما اشرنا من تسالم الاصحاب على البطلان بالمخالفة بمثل ذلك مع عدم الاجازة و
احتمال التفصيل بين اشتراط ذلك باللفظ صريحا فالصحة وعدم اشتراطه وان اقتضاه
الاطلاق فالبطلان بعيد عن السداد فان اقتضى مخالفته البطلان مع عدم اشتراطه
يقتضي البطلان مع اشتراطه المؤكد بالاولوية ولا يستثنى من البطلان مخالفة مقتضى

الاطلاق العقد سوى النقد لنقل الاجماع و نصّا في القصوى بالصحة مع المخالفة بين الشرط
عدمه اولم يشترط قوله واتما يجوز بالدراهم والدنانير بعينه في رأس مال المضاربة ان
يكون من النقدين الدراهم والدنانير المسكوكين بسكة المعاملة من غير خلاف بل عليه الاجماع
المستفيض النقل وهو الحجة فيه مضافاً الى الاعتبار من حيث ان المقصود من المضاربة الاسترباح
والنقود والسرقي تحصيل الربح من العوض وان رد رأس المال فيها الى المالك لازم والعوض
مما يختلف [illegible] بحسب الاوقات فربما ادى الى اخذ المالك جميع الربح كما لو كان
[illegible] حين القبض وعز حين الرد وربما ادى الى اخذ العامل بعض رأس المال
كما لو انعكس الفرض وان كان هذا مما لا يخرج عن [illegible] من نظر والعمدة في المقام الاجماع و
بواسطته يمكن الاستناد الى اصالة الفساد والتمسك في تناول عمومات العقود والشروط
والاطلاقات المضاربة للمعاملة بالعوض التي منها النقرة والتبر لانهما متقومان كسائر
الاعيان ويضمنان بالقيمة مع الاتلاف نعم لا يبعد الحاق ما ليس بمسكوك بسكة المعاملة
من ذلك لو جرى اعتبار التعامل به بين ذلك وان كان لا يخرج عن نظر ومن العروض ايضاً الفلوس
وان كانت اثماناً في بعض البلاد واما الدراهم المغشوشة فان كانت معلومة الصرف بين الناس
فلا اشكال في الجواز والا فهي من العروض ويعتبر في مال المضاربة ايضاً ان يكون عيناً معينة
معلومة فلا يصح المضاربة على الدين للاجماع بقسميه ولخبر السكوني عن الصادق ع قال قال
امير المؤمنين ع في رجل له على رجل مال فتقاضاه فلا يكون عنده فيقول هو عندك
مضاربة قال لا يصلح حتى يقبضه ولو قال للمديون اعزل المال في ذمتك وقد قارضتك
عليه بالنصف مثلاً فعزل لم يصح القراض لانه قبل العزل دين وبعده من التعلق على شرط
كما لو قال له قارضتك على الف والملتزم لم يصح بعد هذا العبد ويكون تمثيلاً ايضاً ولو
قال له قارضتك على الف والملتزم يصح وان حضر له الفا في المجلس لعدم التعيين و
لو كانت غائبتين عنهما وقت العقد وارشاده المال اليها بما عبر عنها حالة العقد

صح

١٢٥ متحد ولو كان له نصف الف مشاعاً فقارضه على الشريك لو عزم صح لانه معين ولو احضر المالك
الفين وقال العامل قارضتك على احدهما او على ايهما شئت لم يصح لعدم التعيين وبان
ما بدل على اعتبار المعلومية عند تعرض المصنف له قوله ويلزم الحصة بالشرط بينه بذلك
على خلاف الشيخين والقاضي وابي الصلاح حيث ذهبوا الى عدم لزوم الحصة بالشرط و
اثبتوا للعامل اجرة المثل وهو جيد على ما نقل الى فساد هذه المعاملة نظراً الى جهالة
الحصة من الربح حصولاً او قدراً فلا يصح جعلها عوضاً فيثبت اجرة المثل بناء على ثبوتها
في كل مضاربة فاسدة وغيرها لا يخفى فانه ان اريد من فساد هذه المعاملة انكار شرعية
المضاربة وعدم صحة عقدها شرعاً فهو خلاف اجماع المسلمين بل البديهة من الدين وان
اريد فسادها لو جعل الربح عوضاً لجهالته لكنه بل يتعين كون العوض غيره وان ذكرت
الحصة مشروطاً الا انه غير لازم بل هو شبه الوعد بدفع الحصة بعد حصولها اجرة
والا فلا استحقاق في سوى الاجرة فله وجه ولعله الظاهر من كلام الشيخين واتباعهما
لكنه خلاف المعروف بين العلماء ويكون اجماعاً من كون الربح هو عوض العمل في المضاربة
وبذلك امتازت عن غيرها من الاجارة والبضاعة وغيرها وخلاف ما نقضي به
اخبار المضاربة من الشركة في الربح بين المالك والعامل وانها على حسب الشرط
وحملها على ان الشركة فيه على حسب استحقاق قدر الاجرة بمعنى اخذ قدر الاجرة منه ومن
لا استحقاقاً في نفس الربح تكلف لا موجب له لانه لا يكون سوى ملاحظة عدم صلاحية الحصة
لجعلها عوضاً لجهالة الشرط لا اشكال فيه بعد ورود الدليل به كما في المزارعة وغيرها الحتم
بتقييد اللزوم بالحصة على ان المعتبر في الصحة عدم اشتراط الربح كله لاحدهما كما تقدم
ويعتبر في الحصة معلوميتها نسبة الى الربح وان كانت مشاعة فلو عين للمالك شيئاً
معيناً من الربح للعامل او لنفسه لم يصح سواء جعل الباقي بينهما او للآخر انه يكون من
ربح هذه المضاربة لا من مضاربة اخرى وان يكون الربح حاصلاً بالبيع والشراء من تمام

المال قبل تفرق العامل فان ذلك مختص بالمالك وان يكون للمالك والعامل فلو شرط حصة
الاجنبي لم يصح الا ان يكون متوكلاً لبعض اعمال المضاربة فيكون عينه له نعدد المضاربة
او يكون غلام احدهما فيكون بمنزلة اشتراط الزيادة لاحدهما بناء على ان العبد لا يملك
فلا اجنبي قوله والعامل امين لا يضمن الا بتعد او تفريط لا ريب في كون العامل امينا
فلا يضمن ما يقبض من مال المضاربة كسائر الامانات وان كان المقبوض فيه بعقد فاسد
لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده الا مع اشتراط الضمان عليه في وجه قوي لان
الضمان ليس من احكام المضاربة كما في العارية فلا يقدح اشتراطه لعدم منافاته لمقتضى
العقد ولكن يضمن مع التعدي والتفريط على نحو غيره من الامانات والمراد من التعدي فعل
ما يجب تركه في الامانة ومن التفريط ترك ما يجب فعله فيها فان تعدى في العين بان
استعمل شيئاً من اموال القراض واكله على غير وجهه او تعدى كان ضامناً للمال ولم
يبطل بذلك عقد القراض بل هو على غير وجهه او تعدى كان ضامناً للمال ولا بل له
حصته من الربح ان ربح وان تعدى بالتصرف في غير المأذون فيه من المالك فان كان اشتراء
الاذن لمخالفة ما اقتضاه عقد المضاربة من البيع بثمن المثل وبالنقد والشراء بعين
المال ونحو ذلك كان فضوليا ولا يقع شيئاً من الربح اجازه المالك اولم يجز وان
كان لمخالفة ما حدد المالك له وعينه من عدم التصرف في السفر به او شراء شيء معين او النقد
به في مكان معين او في زمان معين ونحو ذلك فقد عرفت تسالم الاصحاب في الجملة على
استحقاقه حصته من الربح وكان ضامناً للوضيعة ولعين المال ان تلف لورود النصوص
بذلك كما تقدم ولولاها لكان العمل متبرعاً به لم يستحق حصة ولا اجرة واطلق المال
والصواب ما عرفت قوله ولو فسخ المالك فللعامل اجرة مثله الى ذلك الوقت ان لم يكن
ظهر ربح قد سلف ان المضاربة جائزة من الطرفين فلكل من المالك والعامل فسخها
كما تنفسخ بالموت والجنون والاغماء ونحو ذلك مما ينفسخ به العقود الجائزة فلو فسخ

المالك

١٢٦ المالك صح قبل العمل او بعده كان المال ناضاً كلا او بعضا او لم يكن بل كان كله عروضا كلا
للعامل مع عدم العمل ولا مع ظهور ربح في المال وان قل سوى حصته من الربح بلا خلاف
فيه واما مع انتفاء الربح فالمشهور ان للعامل اجرة مثله الى حين الفسخ بل ربما في الرياض
نفي الخلاف عنه الا من الفاضل الشارح وبعض من تأخر عنه و في الغنية الاجماع على الاجرة
لو بدأ للمالك بعد شراء العامل المتاع واطلاق كلامهم في الاجرة متناول لما اذا كان المال
ناضا او عروضا كلا او بعضا لكن العلامة في القواعد والتحرير نظر في استحقاق الاجرة
بل جوز الفاضل الشارح وجمع من محققي المتأخرين عدمها نظرا الى ان مقتضى العقد
استحقاق الحصة لا غيرها وتسلط المالك على الفسخ من مقتضياته فاقدام العامل على ان
فلا شيء له سوى ما عين وهو جيد لو كان مقتضى المضاربة استحقاق الحصة لا غيرها ولو
مع عدم حصولها لكنه غير ثابت بل المستفاد من النصوص والفتاوى ان مفادها استحقا
الحصة خاصة ان ظهر ربح واما مع عدم ظهوره فلا دلالة للعقد فيه على انه لا اجرة له
كما لا دلالة فيه على طلب الاجرة لكن الاذن بالعمل المحترم متحقق ومقتضاها استحقاق
الاجرة على العمل حيث لا يقصد به التبرع فلذا ذهب العلامة في التذكرة الى استحقاق
الاجرة على العمل حينئذ وان كان الفسخ من العامل او منهما الا ان ظاهر الاكثر اختصاص استحقاقها
بما اذا فسخ المالك وكانه لتفويت العامل العوض على نفسه حيث يفسخ وعدم التزام المالك
له بالاجرة على هذا التقدير ولو انفسخ العقد من قبل العامل قهرا بموت او جنون ففي
استحقاق الاجرة وجهان اظهرهما العدم اما المالك فالظاهر انه لا فرق بين فسخه لاحتياج
والمضي في استحقاق الاجرة عملا بقاعدة احترام العمل المأذون فيه من غير معارض كما
لا فرق بين فسخه مع انضاض المال وعدمه ثم لو فسخ بعد شراء العامل المتاع قبل ان
يبيعه ربح فيه كما هو معقد اجماع الغنية فان فسخ المالك مع اثبات العامل
بعد فوات الربح وتضييع عمله فانه يعد تفويتا منه للربح على العامل فيجب التزام المالك

ويستلزم الاجرة وربما احتمل كلام المشهور على هذه الصورة وهو بعيد لكن ولو كان المال عروضا ففسخ
المالك لم يجز في جواز الزام العامل بالبيع والانضاض لوجوب رد المال كما اخذ ولان
التغير بفعله فيلزم رده الى ما كان وجهان اظهرهما العدم للاصل ولحدوث التغير باذن
المالك فلا يلزم العامل شيء وكذا الحال مع فسخ العامل او الانفساخ القهري واحتمال
التفصيل بعيد جدا اما لو ظهر في العروض ربح فلا اجرة له بناء على ما هو المعروف بين اصحابنا
حتى كاد يكون اجماعا من تملك العامل للحصة بالظهور بل وكذا على القول بملكيتها بالانضاض
لكونه وان لم يكن مالكا للربح بظهوره لكنه مالك لملكه بالانضاض من غير خلاف ولا اشكال
وكذا على القسمة لان القسمة كاشفة عن سبق الملك وان لم يتحقق القائل بهذين الاخيرين
من العامة والخاصة سوى ما نقل عن فخر المحققين عن والده العلامة انه حكى في المسألة
اربعة اقوال وعد الاخيرين منها وانما المعروف بينهم هو الاكتفاء في الملك بالظهور ويحكى عن بعض
المخالفين توقفه على الانضاض وربما جنح اليه بعض متأخري الاصحاب نظرا الى ان الربح هو
الزيادة على عين رأس المال والعروض ليست عين رأس المال فلا زيادة فيه حتى ما الزيادة في
القيمة وهي امور وهمية لا تحقق لها في الخارج ولا تعد من الاملاك ولذا ارتفع عليها سائر
المعاوضات وهو بعيد لو كان المدار في الربح المشترك على الزيادة على عين رأس المال وهو
ممنوع بل المدار على ما صدق عليه عرفا انه رأس المال وزيادة عينا كان او قيمة فلو كان رأس
المال الف درهم فبلغ في العمل الف درهم ودينار وصدق عليه حصول رأس المال وزيادة ولا
فرق في العروض بين النقود المخالفة لرأس المال وغيرها من الامتعة نعم يجب على المالك
الانضاض فلو ملك ان اجباره عليه ولذا كان الفسخ من المالك كما قطع به جماعة من الاصحاب
لان العامل وان ملك الربح بالظهور الا ان استقرار ملكه مشروط بالانضاض وربما عرض
ما يقتضي سقوط الربح بل ربما احتمل استقراره مع ذلك بالقسمة لكنه بعيد فالظاهر ان
ملكه يتحقق بالفسخ والانضاض وبالفسخ والقسمة ولا يتحقق بالانضاض وحده من غير فسخ

ولا بالقسمة

ولا بالقسمة وحدها لاحتمال تعلقها حينئذ بالربح خاصة ولا يرتفع حكم جبران التلف والخسران بعضه
مع بقاء المضاربة واستمرار عقدها كما هو واضح ولو طلب العامل الانضاض مع الفسخ وظهور
الربح وجب على المالك اجابته ان لم يرض بالقسمة والا تعينت القسمة لحصول استقرار الملك ١٢٧
بها مع الفسخ والانضاض فلا موجب لالزام المالك بالانضاض **قوله** والقول قول العامل
في قدر رأس المال وفي قدر الربح اذا اختلف العامل والمالك في قدره او في قدر الربح فلا
ريب في ان القول قول العامل لانه منكر للزيادة والاصل عدمها ولانه امين على مال المضاربة
فيقبل قوله فيه قدرا وجنسا ووصفا من غير فرق بين اختلافهما في احد الامرين مع تسالمهما
على الاخر واختلافهما فيهما جميعا الا ان يتسالما على قدر المجموع من رأس المال والربح و
يختلفا في قدرهما بان يدعي المالك زيادة رأس المال فتقل الربح ويدعي العامل العكس
فانه قد يقوى هنا تقديم قول المالك لاصالة بقاء ما عدا ما اقر به من
الربح ويحتمل تقديم قول العامل لانه امين وذو يد كما يحتمل التفصيل بين بقاء المال فيقدم
قول المالك وتلفه بتعد او تفريط فيقدم قول العامل لاصالة براءته من زيادة الغرامة
ولو اختلفا في قدر الحصة انها نصف او ربع فالمتجه تقديم قول المالك لاصالة كون
الجميع له الا قدر ما اقر به من الحصة فتأمل ولو اختلفا في تلف مال القراض فالقول قول العامل
بيمينه من غير خلاف ولا اشكال لدعوى جماعة عليه الاجماع ولكونه امينا كالمستودع ولظاهر
بعض الاخبار كحسن الحلبي وصحيح ابن مسلم وغيرهما ولا فرق في قبول دعواه التلف بين اسناده
الى سبب ظاهر او خفي وعدم اسناده الى سبب ولا بين اقامة البينة على السبب وعدمه
الا ان تكون دعوى التلف مسبوقة بانكاره دفع مال القراض اليه فانه اذا اقيمت البينة
عليه او اقر فادعى التلف لم يقبل دعواه بل يقضى عليه بالضمان لو تعذر تحصيل العين
كما لو ادعي عليه وديعة او غيرها من الامانات فانكرها لان انكاره خيانة للمال فلا يقبل
منه دعوى تلفه حتى لو اقام بينة عليه لتكذيبه لها بانكاره الاول ولو ادعى الاشتباه

في انكاره الاول لم يقبل دعواه ولا تنفع الخيانة بعد ذلك نعم لو قال في جواب المالك لا تستحق
عندي شيئا لم يضر بل يقبل منه دعوى التلف بعد ذلك لعدم التنافي بين ذلك وبين دعوى التلف
ولو اختلفا في الرد فادعاه العامل وانكره المالك فالاشهر تقديم قول المالك لاصالة
عدم الرد وعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر خلافا للمحكي عن الشيخ فيقبل قول
العامل لانه امين كالمستودع ومحسن وما على المحسنين من سبيل ولان عدم قبول قوله يوجب
الضرر لاحتمال صدقه فيكون تكليفه برده ثانيا موجبا لتكليفه بما لا يطاق او تخليده في
الحبس وفيه المنع من عموم قبول الامين في كل ما يدعيه على وجه يشمل ما نحن فيه اذ ليس في
النصوص الا النهي عن اتهام المالك لامينه وهي لا تقتضي بقبول دعوى الرد المعلوم خلافها
لدى المالك والحاق العامل بالمستودع قياس مع الفارق بان قبض المستودع لمصلحة المالك
وقبض العامل لمصلحة نفسه وان استتبع مصلحة المالك فهو كقبض العارية
والرهن ونحوهما مما لا يقبل فيه دعوى الرد ومنع كونه محسنا لعدم تحقق الاحسان الموجب لنفي التضمين
والضرر المذكور انما يلزم لو كان الغرض من الدعوى الالزام بنفس العين اما لو كان الغرض
منها التضمين والغرامة للحيلولة بانكاره بين المالك وماله اللازم على العامل
وتعذر دفع الشيء فلا ضرر في عدم قبوله اقصى ما هناك انه يحبس مع اخذ ما بالعين ومطالبته
بها وان ادى الى الحبس للاستظهار فاذا حصل اليأس منها الزم بالبدل للحيلولة ومثله
يجري في الغاصب لو ادعى التلف كما نبه عليه الفاضل الشارح في المسالك ولو اختلفا في
اصل القراض بان دفع اليه مالا اتجر به فادعى المالك انه بضاعة وادعى العامل انه قراض
فان كان قبل الربح بطل القراض وثبت على المالك اجرة المثل وان كان بعد الربح تحالفا
المالك الجاحد وان كان دعوى العامل استحقاق الربح وانكار المالك ويكون
للعامل اقل الامرين من الحصة واجرة المثل ولو قال المالك كان بضاعة وقال
العامل كان قرضا حلف كل على نفي ما يدعيه خصمه وثبت للعامل اجرة عمله حاصة ولو ادعى

المالك

المالك القراض والعامل القرض فان كان قبل ظهور الربح فالقول قول المالك لاصالة بقائه
في ملكه وانفساخ القراض على وجه وبدعوى العامل القرض او بفسخ المالك فيثبت للعامل
اجرة المثل وان كان بعد ظهور الربح فيحتمل تقديم قول المالك وهو الاقوى لما عرفت ولاصالة
تبعية الربح للمال الا قدر ما اقر به المالك فلا يستحق العامل سوى الحصة ويحتمل التحالف ١٢٨
لتغاير العقدين وانكار كل منهما ما يدعيه الاخر ويثبت للعامل اكثر الامرين من الحصة واجرة
المثل كذا قيل ويشكل بان العامل بزعمه لم يعمل باجرة المثل وانما عمل بالمال لنفسه فلا يستحق
اجرة على عمله مع ان الحصة حينئذ يدعيها الربح كله ولم يثبت الا قدر ما اقر به المالك فتدبر
قوله ويتبعي ان يكون رأس المال معلوما عند العقد كما يعتبر في رأس المال ان يكون في المضاربة
من كونه نقدا لا عروضا عينا لا دينا معينا لا مرددا مشخصا ولو بالاشاعة فقد اعتبروا في صحته
مثلا فكذا يعتبر العلم في قدره حين العقد وزنا او عددا على المشهور بين الاصحاب لان
الفساد وعدم الملاءة بشمل الفرد المشكوك فيه من المقام والنهي عن الغرر فلا يكفي جعله ما
في الكيس او صرة او قبضة بيده وان كان مشاهدا خلافا للمحكي عن المرتضى والشيخ في احد قوليه
فاكتفيا بالمشاهدة ونحوه في المختلف وجنح اليه جمع من المتأخرين للاصل وزوال معظم الغرر بالمشاهدة
ولامكان الاستعلام بعد العقد ولا موجب للاستعلام قبله لجوازه وعدم لزومه ولان القول
قول العامل في قدره فلا يمتنع الجهالة فيه وضعف الجميع ظاهر لكون الاصل هو الفساد في غير ما
يثبت فيه عموم الاطلاق ولان الغرر متحقق في المشاهدة ولو انه زوال معظمه في المقام
لا في سائر المعاملات وامكان الاستعلام بعد العقد لا يرفع الغرر والمخاطرة بنفس العقد
المبيح لتصرف العامل بدون الاستعلام والتزام اعتبار العلم به قبل العقد او بعده قبل التصرف
مما لا يلتزم به احد واما كون القول قول العامل فلا يرفع ما يدعيه غيره بعين الجهالة في المقام
بحيث يكون تماميته بين المتشاجرين والمتنازعين في الكثير فالمغتفر البعض منها فالاحتمال كثرة مال
المضاربة بحيث يعجز عنه العامل فان الاصح بطلان المضاربة معها وعدم حصول جواز التصرف

بشيء من المال لا بطلانه بل يتعدى في قدر ما يعجز عنه خاصة كما يظهر من المسالك اذ العقد متعلق
بالمجموع فلا وجه لتصحيح البعض وبطلان البعض واحتمال صحة الجميع لامكان التوكيل في قدر ما
يعجز لينافي ما اعتبره من اعتبار قدرة العامل على العمل بنفسه الا ما جرت العادة بالاستيجار
عليه ولما صرح به المحقق وغيره هنا من تضمين العامل لو عجز عن العمل لكثرة المال فان منع وجه
التوكيل فاضيه بصحة المضاربة وانتفاء الضمان بعدم الموجب له من تعد او تفريط فالظاهر العود
اللاحق بجميع المال المضاربة اعظم منه في غيرها من حيث الاحتياج الى رد راس المال وتمييز
الربح والجهالة منافية لذلك ولذا ان الاصحاب محتالون فيه على اعتبار المعلومية حين العقد
وان اكتفى بعضهم بالمشاهدة في حصولها هنا وفي غير المقام الا ان الظاهر عدم حصولها بذلك
قوله وليس للعامل ان يشتري ما فيه ضرر على المالك كمن ينعتق عليه ظاهره نفي الجواز
والصحة بدون اذن المالك او اجازته من غير فرق بين علم العامل بالضرر وجهله ولا بين
انواع الضرر من شراء معيب او مغبون فيه او من ينعتق على غير المالك او غير ذلك لتعميم الحكم
لما فيه الضرر وذكره من ينعتق عليه على جهة التمثيل ولا اشكال في التحريم والبطلان بدون
الاجازة مع علم العامل بالضرر بل ربما احتمل البطلان معه مطلقا للنهي وهو ضعيف لعدم
تعلقه بالمعاملة لذاتها بل لعدم الاذن فيها فغايته ان يكون كالفضولي او الغاصب واضعف منه
احتمال الصحة المحكي في التذكرة عن بعض العامة نظرا الى ان ما لا ينضم في نفسه قابل
لتعلق العقود وبه فرق اذ المنع انما هو من حيث عدم الاذن وترتب الضرر لا من حيث عدم
القابلية فلا اشكال في البطلان مع العلم وانما الاشكال فيه مع الجهل بالحال فقد اطلق
الفاضلان وغيرهما الحكم بالبطلان في شراء من ينعتق على المالك من غير تفصيل بين علم العامل وجهله
كما هو ظاهر المتن فيه وفي كلما يلحق المالك ضرر فيه استنادا الى عدم الاذن وان البناء على الامر
ظاهرا لا يقتضي الاذن غايته انه لا يكون اثما بجهله واحتمل جماعة صحة البيع وانعتاق من ينعتق
على المالك منه او لا ضمان على العامل وهو متجه في غير ما مثل به من شراء من ينعتق على المالك

كشراء

١٢٩ كشراء المعيب الذي لا يخفى عيبه على اهل الخبرة غالبا او شراء المغبون فيه كذلك فان الظاهر
صحته من العامل والوكيل وشمول اطلاق الاذن لمثله فان عقد المضاربة والوكالة انما
يقتضي شراء ما يمكن الربح فيه وعدم الضرر بحسب الظاهر واجتهاد العامل لا في نفس الامر
ان العلم به غير ميسر لابتناء المضاربة والوكالة وسائر الاستنابات على التعارف في اعمال النيابة
من اجتهاد العامل فيه ووقوع الخطاء منه تارة والصواب اخرى ولعل هذا هو ظاهر الاصحاب
الذين نسب في المسالك صحة العقود التي يظن فيها الربح فيظهر خلافه بل صحة الى حكمهم
اما شراء من ينعتق على المالك فيمكن الحكم ببطلانه لعدم اندراج مثله في العقود المأذون
فيها بعقد المضاربة لخروجه عن متعارف اعمال التجارة فلا يكون التصرف فيه من اعمال المضاربة
بل لو اشترط المالك على العامل في ابتداء العقد لم يصح لعوده على العقد بالنقض والاخلال
وهذا معنى ما علل به البطلان من ان المضاربة انما تنصرف الى ما يمكن ان يعد ويقلب في
التجارة والبيع للاسترباح منه وشراء من ينعتق تفويت لراس المال والربح فلا يكون مشمولا
لاطلاق الاذن بالعقد وهو مع ذلك لا يصفو عن الاشكال فان الفرق بينه وبين المعيب الذي
يلحق به ما يخفى عيبه على النفس لا يخلو من غموض فان كان المناط في الجواز اجتهاد العامل و
الاعتماد على ظاهر الموافق للعرف والعادة فلا فرق بين الافراد وان كان المناط فيه ما هو في
مراد المالك وما في نفس الامر والجهل عذر في عدم الاثم بارادته فكذلك ايضا ولذا مال في
جامع المقاصد الى بطلان الجميع بناء منه على اعتبار ما في نفس الامر وان البناء على الامر الظاهر
لا يقتضي الاذن ولا رفع الضمان لكن الظاهر ما عرفت من صحة الصحة فيما عدا المعتق و
البطلان فيه ولذا اقتصر الاكثر على التعرض لبطلانه بالخصوص والوجه في بطلانه ما
اشرنا اليه من خروج هذا التصرف عن تصرفات المضاربة عرفا وعادة وان البحث عن
النسب في شراء العبد ما لم تجر العادة به فلا يكون مناط الاجتهاد بخلاف شراء المعيب
والمغبون فيه فان التحرز عنه ممكن بالتحري والاجتهاد غالبا فلا يطلب من العامل ازيد منه

ولو كان جاهلا بالحكم خاصة فهو اولى بالبطلان لعدم معذورية الجاهل في الاحكام ولو اشترى
العامل من نذر المالك انه يعتقه ففي صحة شرائه وجهان اقواهما الصحة قوله وكذا لا يشتري
من رب المال شيئا هذا مما لا اشكال فيه فان مال القراض مال المالك فلا يشتري ماله
بماله ويصح ان يشتري من مال العامل بمال القراض سواء اشتراه المالك او اشتراه العامل
بناء على جواز مثله ولا يصح ان يشتري المالك شيئا من مال القراض الا ان يظهر فيه ربح فيشتري
حصة العامل منه بناء على تملكها بالظهور او مطلق الصحة المعاوضة على الحصة بالظهور وان
قلنا بتملكها بالانضاض او الفسخ ولا يقدح في صحة بيع الحصة عدم استقرار ملكها وزواله
وكون الربح وقاية لراس المال فانه ان استقر المالك براس المال الملك بالفسخ والانضاض او
الضمن فلا اشكال فيه والا بان تلف شيء من المال واحتيج البيع الى جبرانه بالربح وجب على
العامل رد المثل او القيمة الى المالك لا الثمن لانفساخ البيع بينهما من حين التلف لا
من اصله وكما لا يجوز الشراء من المالك فكذا من عبده المأذون في التجارة لعدم تملك
العبد شيئا بل ما في يده لمولاه فيلزم شراء مال رب المال بماله ولو كان مكاتبا فيجوز شراء العامل
منه كما يجوز شراء المالك منه ايضا لانقطاع سلطنة المالك عنه في كسبه بعقد الكتابة
من غير فرق بين المطلق والمشروط ولا بين من ادى بعض الكتابة او لم يؤد قوله ولو اذن في شراء
ابيه صح وانعتق وللعامل الاجرة اما صحة الشراء والانعتاق فظاهر فيما لا اشكال فيه ولا
خلاف لتحقق الاذن المقتضي لكون ذلك من عمل المضاربة او توكيلا عليه فيصح الشراء
ويترتب العتق كما لو باشر المالك بنفسه واما الحكم باستحقاق الاجرة مطلقا مع ظهور الربح
وعدمه كما هو اختيار المحقق في الشرائع وغيره فلا يخلو عن اشكال فان العمل المذكور ان كان من
عمل اعمال المضاربة وان لم ينصرف اليه اطلاق عقدها الا ان المصحح له صدور الاذن من المالك
فاللازم ما عليه العلامة في التذكرة وغيره من استحقاق العامل الحصة مع ظهور الربح
والاجرة مع عدمه او لا يستحق شيئا بناء على ما تقدم من الاحتمال وان كان خارجا

عن المال

عن اعمال المضاربة بحيث تضمنه الاذن الصريح خروجه منها بل يكون الاذن بذلك فاسخا للعقد
في الاثناء ومبطلا له مع اشتراطها في الابتداء فاللازم عدم استحقاق الاجرة لان الاذن
بذلك محض وكالة على هذا التقدير ومقتضى الوكالة هو التبرع وعدم ترتب الاجرة بدون
١٣٠ اشتراطها ويمكن ان يكون بناء المصنف على خروج العمل المذكور عن اعمال المضاربة وان استحقاق
الاجرة لاحترام العمل المأذون فيه الصادر من قصد نفسه لاجل العوض وكونه وكالة
لا يقدح في استحقاق الاجرة مع قيام شاهد الحال كما في السمسار والدلال ولعل هذا
هو الاقوى لما ثبت ان حقيقة العمل المضاربة التي يقصد منها الاسترباح لكونه تجارة محضا و
لا يجري ذلك مجرى ما لو اعتق عبدا من مال المضاربة بعد ظهور الربح فيه ولا يجري ما استرداد
من المال كما توهم فان العتق والاسترداد ليسا من اعمال المضاربة قطعا بل هو فسخ لها وطارئ
عليها ما تقدم على ذلك من بيع وشراء ونحوهما وهو مما لا فسخ فيه ولا عتق ولا استرداد
بخلاف ما نحن فيه من شراء من ينعتق فانه لا يمكن جعله من عمل المضاربة لكونه مسببا
للعتق الذي هو مختص بالمالك حتى ما يقصد من عمل المضاربة فهو عمل اجنبي لها لا
ارتباط له بها الا ان الاجرة فيه لازمة لما ذكرنا مضافا الى ان الحكم بكونه من اعمال المضاربة
ينافي ما تقدم من حكمهم بفضولية الشراء المذكور مع عدم الاذن مطلقا عالما كان العامل
بالنسب والحكم او جاهلا بهما او باحدهما وبعدم استحقاق الاجرة عليه وان تضمنه الاجازة
اذ لو كان من اعمال المضاربة لجرى مجرى شراء المعيب والشراء باكثر من ثمن المثل في صحته
مع الجهل وتعيين الحصة بالاسترباح والا استحق العامل الحصة ان ظهر ربح واجرة المثل
ان لم يظهر لاستناد العتق الى المالك لعقد المضاربة المقتضي للاذن في الشراء مع الجهل
ولا اثر لذلك في كلمات الفاضلين ومن تقدم كما عرفت فلا يلتئم الكلام الا بالتزام خروج
العمل المذكور عن اعمال المضاربة وعدم ترتب شيء عليه سوى الاجرة مع الاذن
والله العالم قوله ولو اشترى نفسه صح فان ظهر فيه ربح انعتق نصيبه ويسعى المعتق

ف الباقي الظم انه لا خلاف ولا اشكال في صحة شراء العامل اباه والفرق بينه وبين شراء
ابي المالك ظاهر من حيث تضرر المالك بشراء ابيه لانعتاقه عليه حينئذ من غير عوض وعدم تضرره
بشراء العامل اباه فانه لا عتق مع عدم ظهور ربح فيه ولا مع ظهوره ان قلنا بعدم تملك
العامل الربح بالظهور وعليهم ولا ضرر ان قلنا بتملكه بالظهور وادعا بعد انعتاق حصة العامل
فانه لم نقل بالسراية في مثله فلا اشكال وان قلنا بالسراية وتغريم العامل الباقي واستسعاء
العبد فلم يرتفع ملك المالك عنه بغير عوض ومثله لا يعد ضررا في التجارات واعمال المضاربات
اذ لا فرق بين انعتاق العبد المسبب عن شراء العامل مع دفع العوض وبين بيع العامل
بعوض اختيارا فاحتمال البطلان في المقام لمنافاة العتق القهري للتجارة كما قيل ضعيف
جدا واضعف منه توهم الصحة في شراء من ينعتق عليه على المالك لو ورود الصحة في شراء
من ينعتق على العامل مع وضوح الفرق بين المسئلتين فالحكم بالصحة هنا والمحقق من انعتاق
العتق مع ظهور الربح بحصة العامل من غير سراية ولزوم استسعاء العبد في الباقي مطلقا
وان نسب الى المشهور واشتهر في الغنية كما عن السرائر الاجماع عليه الا انه على اطلاقه مشكل
لمشاركة العامل للمالك في الربح ومقتضاها سراية المعتق عن شراء الى استحقاق
المالك مع يسار العامل بناء على سراية العتق مطلقا او فيما كان سببا اختياريا كالشراء ولذا
ذهب العلامة في التذكرة والقواعد الى سراية العتق هنا وتغريم العامل نصيب المالك
وفرق في القواعد بين ظهور الربح حين الشراء وبين حصوله بعد بارتفاع السوق فحكم بالسراية
بالسراية في الاول وعدمها في الثاني على اشكال نظرا منه الى ان الحاصل بارتفاع السوق
ملك قهري كالارث فينعتق قهرا ولا سراية في العتق القهري وان كان في دخول مثله
في العتق القهري نظر لكن التفصيل بين يسار العامل فيسري وبين اعساره فيستسعى لولا
ورود النص الصحيح الصريح في رجل دفع الى رجل دراهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم
قال يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل فانه باطلاقه متناول

لصورة

لصورة الاعسار واليسار وللزيادة الحاصلة حين الشراء والمتجددة بعده وحمله على صورة
١٦١ الاعسار او على ما اذا تجددت الزيادة بناء على ان الزيادة وان كان ممكنا جمعا بين
الادلة لكن لا موجب له بعد استشهاد العلامة بالاطلاق ونقل الاجماع عليه بل قيل انه مما لا خلاف
فيه وهو غفلة عما حكيناه عن القواعد والتذكرة نعم قد يتم ان مورد النص جهل العامل
بالنسب فيمكن حصر الحكم بالاستسعاء مع يساره عليه لكن الفتوى مطلقة والفرق بين جهل
العامل بالنسب وعلمه بالنظر الى صحة الشراء وفساده وعلمه بالنظر الى السراية غير معقول
ولا بالنظر الى السراية غير معقولة ولا بالنظر الى صحة الشراء وفساده وان توهمه بعض افاضل
العصر لكن لكون المناط في المنع هو الضرر ولا ضرر على المالك به مطلقا كما عرفته وما تضمنته
الرواية من تقويم العبد ومراعاة الزيادة في قيمته انما هو من اختصاص المضاربة بها فيه حتى لما
لو اشترى منه سلعة اخرى فربح بها ولم يربح في العبد اعتق منه بقدر نصيب العامل
من ربح مال المضاربة وان كان في العبد خسارة بعد تجبيرها من الربح وزيادة الربح على
راس المال المضاربة ولو لم يكن في العبد ربح واراد العامل تأخير بيعه لاحتمال وجود
راغب يزيده في قيمته لم يجب على المالك اجابته قوله كتاب الوديعة وهي استنابة
في الحفظ الوديعة لغة وعرفا هي المال المودع مأخوذة من ودع يدع بمعنى ترك لتركه للمالك
عند المستحفظ او من الدعة بمعنى الراحة وخفض العيش لكون المال في راحة من التصرف
فيه عند الودعي وفي عرف الفقهاء عبارة عن عقد يفيد استنابة في الحفظ وتعريف
المصنف لها بالاستنابة بناء على ما تراه في البيع ونحوه من انه عبارة عن نفس الايجاب والقبول
فلعله مسامح بذكر المدلول وارادة الدال عليه ان بنائه في الجميع جميع الفاظ المعاملات
على انها اسماء للسبب للمعنى القائم بالموجب كما استظهرنا ذلك في البيع فيكون معنى البيع
هو النقل ومعنى الوديعة هو الاستنابة وهكذا اطلاق ان الوديعة عقد وهو مركب من
الايجاب والقبول فلا يكون بمعنى الاستنابة خاصة فلا مدخلية للقبول في مفهومها بناء

على هذا التقدير ولا حاجة الى التزام ضمنيته للقبول كما قيل ولا الى دعوى ان القبول
الفعلي لما كان كافيا في تحققها كان كافيا في الاكتفاء بذكر مدلول الايجاب خاصة وان كانت الوديعة
لا تتم الا به وبالقبول ولا الى دعوى ان تحقق الاستنابة يستلزم قبولها لما فيه مما لا يخفى
من التكلف قوله وتفتقر الى ايجاب وقبول كغيرها من العقود ولا حصر في الالفاظ الدالة
عليها ويكفي في القبول الفعل لما كانت الوديعة من العقود افتقرت في تحققها الى الايجاب
وقبول اذ لا حقيقة للعقد الا ما تركب منهما الا انه يكتفى في ايجابها بكل لفظ دال على معنى
الايداع والاستنابة في الحفظ صريحا او غير صريح ولو بواسطة القرينة او الاشارة او التلويح
كما نص عليه الاصحاب هنا وفي سائر العقود الجائزة معللين بالتسامح في عقودها وهو
كالتعليل بعد الوضوح فان المعتبر من العقود التي يجب الجمود فيها ما كان متداولا في العرف
والعادة لازمة كانت او جائزة الا ان المتداول في العقود الجائزة اوسع دائرة منه في
اللازمة وربما تشاركها في التوسعة بعض اللازمة ايضا كالرهن والمراد بعدم على ما تلف
وان لم يكن المسامحة العرفية في انشاء العقود الجائزة اكثر لعله نظر الى جوازها وعدم
ترتب فائدة للمتبرع على عقدها مع التمكن من فسخه ورفعه ولولا التسامح في مثلها
عادة لم يجبر الفقيه على المسامحة فيها فيكون من حيث كونها جائزة لعدم الفرق بينها
وبين اللازمة لكونها توقيفية مخالفة للاصل يجب الاقتصار في مثلها على المتيقن وح
فيكتفى في ايجاب الوديعة بلفظ استودعتك واودعتك او استحفظتك او ائتمنتك في
حفظه او استنبتك في حفظه او هو وديعة عندك وما افاد مفادها من الصيغ ولما فيها
فلا شبهة في كفاية القبول لفظا والظم اعتبار مقارنته للايجاب كما في البيع وغيره الا ان
المدرك وان احتاج الى عدم اعتبار المقارنة بينهما في عقد الوديعة فيمكن حمله على ما
اذا كان القبول بالقبض واما الاكتفاء بالفعل الدال على الرضا فقد اشتهر الاكتفاء به في
الوديعة وغيرها من العقود الجائزة وعلله الفاضل الشارح هنا بانه العقل ابلغ من القول

وانه

واقوى منه باعتبار دخول الوديعة في ضمانه بالقبض والتزامه بحفظها وهو كما ترى فان
الضمان بالقبض ليس من حيث كونه قبولا للوديعة بل من حيث حكم اليد وان لم يكن المال وديعة
١٣٢ ولا دلالة فيه على قبول الوديعة فضلا عن كونه اقوى من القول مع ان القبول الفعلي لا يختص
بالقبض بل قد يكون بالاشارة والكتابة ونحو ذلك من غير اثبات لليد على المال والحكم بتحقق
عقد الوديعة في مثل ذلك مما لا دليل عليه وكذا في غيرها من العقود الجائزة فان العقد
وعرفا وشرعا من مقومات الالفاظ كما هو المتبادر منه والاكتفاء بالفعل خروج عن مسمى العقد
ولذا حكي عن بعض العلماء عدم كفاية القبض بل لا بد من لفظ دال على القبول وهو متجه
وعن بعضهم انه لو قال المودع اودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا
وان قال احفظه او قال هو وديعة عندك لم يفتقر الى لفظ يدل على القبول واستوجهه في
المسالك وهو غريب وجيه ومن الغريب ما يظهر من الروضة والمسالك من الاكتفاء في الايجاب
عقد الوديعة ايضا حيث قال فيكفي كل لفظ دل عليها بل التلويح والاشارة المفهمة
لمعناها وظاهره الاكتفاء بالاشارة بدون اللفظ ولو مع التمكن من النطق ولا اعرف له
موافقا من الاصحاب فان ظاهرهم الاتفاق على اعتبار اللفظ في طرف الايجاب وانما اكتفوا
بكل لفظ مفهم ولو بواسطة التلويح والاشارة واما الاشارة وحدها فانما تكفي مع العجز
عن النطق وان اختلفوا في طرف القبول وقد عرفت الحال فيه نعم قد يتم بتحقق مسمى الوديعة
بمجرد الفعل وان لم تكن عقدا كصدق البيع على المعاطاة فهذا مما لا اشكال في صحته
وترتب لزوم الحفظ والضمان لكن مع التعدي لكن لا يكفي كل فعل بل لا بد من المعاطاة بالتقبيض
والقبض على جهة الايداع فلو اشار احدهما بقصد الايداع واشار الآخر بما يفهم القبول لم يلحق
بحفظها ولا يعد مفرطا بتركها مع حضور المالك وغيبته وان لزم حفظها مع الغيبة
عقدها بده حسبة لكن لا ضمان عليه وان اثم فالوديعة تنقسم الى عقدية وهي ما تركب عقدها
من ايجاب وقبول لفظيين والى غير عقدية وهي ما كانت بطريق المعاطاة الموقوف على

قبض المستودع بعد الاذن فيه وطلب حفظه لفظاً او فيقبضه فعلاً لكن في تسميته ذلك وديعة لا يخلو من مسامحة كالمسامحة في صدق البيع على المعاطاة معاطاة ولا يهمنا امر التسمية مع وضوح الفارق بين الامرين فان العقدية تتحقق بمجرد العقد وغيرها لا يتحقق الا بالقبض كما ان العقدية تمكنه الفسخ من المستودع بحيث تبقى العين بعده امانة شرعية يجب المبادرة الى ردها فلو اهمل ضمن خلاف غير العقدية فانها بعد القبض تبقى امانة مالكية غير قابلة للعزل والفسخ فتكون الوديعة على هذا التقدير واذن مجردة كما انه قبل ذلك في عقدها ايضاً فلاحظ وتدبر **قوله** ولو طرحها عنده او اكرهه على قبضها لم تصر وديعة فلا يجب حفظها المراد ان طرح الوديعة عند المستودع لا يقوم مقام القبض الاختياري في صيرورة المال وديعة يجب حفظها وكذا القبض مكرهاً لانه كلا قبض وهو مما لا اشكال اذ الا لم يتحقق الا الطرح ايجاب وقبول لفظيين اما لو انضم اليه ذلك فقد تحققت الوديعة بمجرد العقد ولا تتوقف على العقد بحيث ومعه يجب خلافاً لما حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية من اشتراطها بالقبض فلو لم يقبض لم يجب حفظها عليه ومن بعضهم انه ان طرحها في موضع مختص بالمستودع وجب الحفظ لانه قبضها به والا لم تصر وديعة وكان ينبغي له ان ... انظر الى مناقي في مكاني فقال نعم ولا دليل على اعتبار القبض في مفهوم الوديعة ولا في صحتها وظاهر الاصحاب عدم اعتباره لعدم عده من الشرائط كما في الهبة والوقف نعم لا يبعد اعتباره في رفع يد المالك عن المال ولو بطرحه عند المستودع في تحقق مفهوم الوديعة عقداً وعرفاً فلو اودع المالك ماله في يده وما يحكيها من بيته وصندوقه وكان لم يتحقق الوديعة وان تلفظ بالايجاب والقبول ولو انضم الى الطرح ايجاب لفظي من غير قبول كذلك لم تصر وديعة حتى يقبض ويصير تحت يده القبض تحقق عقد وديعة او معاطاة مالية وكذا الطرح بعنوان الايداع او معاطاة وجهان اظهرهما الثاني وحيث يطرحه المالك ولا عقد ولا قبض لا يجب على المستودع حفظه مع ظهور المالك ولا مع غيبته الا من باب المعاونة على البر ولو اهمل حفظه فلا ضمان عليه وان اثم ولو عقد المالك معه عقد الوديعة لفظاً فطرحها ولم يقبضها المستودع بعد

المالك وجب على المستودع حفظها وكان ضامناً مع التفريط ولو غاب المستودع وكان المالك حاضراً ففي كون ذلك رداً للوديعة وجهان رجح في التذكرة ذلك ومنه يظهر **تنبيه** لو قبض مكرهاً ثم زال الاكراه ورضي بالقبض فان كان رضي بالقبض الاول ليكون اجازة على نحو اجازة بيع المكره ونكاحه لم تصح الوديعة لفساد القبض وعدم تعقل صحته بالاجازة بعد انعقاده فاسداً اذ لا يجري في الفضولية فيه لتصحح الاجازة ولو صحت الاجازة منه لترتب الضمان على التفريط بالوديعة في زمن الاكراه ولعله خلاف الاتفاق وان رضي بوضع يده جديداً فقبض جديداً ففي صحته وجهان لحصول القبض الاختياري الان وعدم اعتبار مقارنة القبول للايجاب وعدم صحته لان استدامة القبض لا تعد قبضاً جديداً بل هو القبض الاكراهي الذي لا يصح قبولاً لان العقد اولوا اعتبار ارتباطها به بقبوله الفاسد وقع فاسداً فلا يصح القبول الجديد لانفكاكه عن الايجاب مثله وجهان رجح في المسالك الاول ولعله الاظهر لان استدامة القبض بمنزلة قبض جديد في ترتب الاحكام ولامكان القبض الجديد بدون استدامته كما لو كان مما يكون مقبوضاً باليد فوضعه من يده ثم قبضه ودعوى ان تعقب القبول الفاسد للايجاب يفسد العقد ان اريد فساد المجموع لفساد الكل بفساد احد اجزائه فمسلم ولا يجدي في المنع وان اريد فساد الايجاب بحيث لا يصح اذا تعقبه قبول صحيح ممنوع ولذا لو قبل بلفظ غير صحيح غلطاً فعدل الى الصحيح لم يبطل العقد فلا مانع من صحته مثل ذلك في العقود الا في العقود اللازمة فان المقارنة شرط كما فيما نحن فيه فلا مانع من الصحة **قوله** ولو قبل وجب عليه الحفظ ما دام مستودعاً اذا تمت الوديعة ايجاباً وقبولاً وجب على المستودع الحفظ الى حين الرد من غير خلاف ولا اشكال في كون الوديعة استئمانية فيجب لوجوب الوفاء بالعقود وكونها امانة لقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ... صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان فيجب حفظها كتاباً وسنة واجماعاً ولا ينافي وجوب الحفظ جواز ردها وفسخ عقدها لكونها جائزة اذ المعتبر في الوجوب صدق الاستيداع فقبل الفسخ مستودع يجب عليه الحفظ وان كان متمكناً من ازالة الوصف

بفسخ الوديعة وردها واليه اشار المصنف بقوله ما دام مستودعاً ويمكن ان يكون الوجوب تخييرياً بين الحفظ والرد ويمكن ان يكون معيناً بغاية الرد فلا منافاة وفرع في المسالك بعد ان قسم القبول الى واجب لاضطرار المودع الى الاستيداع ومستحب حيث لا يكون مضطراً اليه ومحرم حيث يكون المستودع عاجزاً عن الحفظ او غير واثق من نفسه بالامانة او يخشى ضرراً على نفسه او ماله او بعض المؤمنين فقال وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه فظاهره عدم وجوب الحفظ حيث يكون القبول محرماً وقد اورد عليه بان الحرمة هنا لا تقتضي فساد عقد الوديعة باعتبار كونها لامر خارج فلا تنافي وجوب الحفظ وضابطه انه لم يظهر منه ان المقتضي لعدم وجوب الحفظ هو فساد العقد بسبب الحرمة لعلو مسته ان الحكم بوجوب الحفظ مرتب على العقد الصحيح فلو اراد نفي وجوب الحفظ هنا للفساد لكان من باب الواضحات اذ لا خصوصية للفساد بسبب الحرمة بل هي كغيرها من انتفاء بعض الشرائط ونحو ذلك من مقتضيات الفساد فالظاهر انه اراد نفي وجوب الحفظ ولو مع فرض الصحة نظراً الى ان تحريم القبول بما ذكره من الاسباب مقتض لوجوب الرد وتعينه فلا يسوغ له ابقاء الوديعة حتى يجب عليه حفظها ولو استبقاها او اكان هذه كان معرضاً مضيعاً لها فلا تكليف بوجوب الحفظ بل التكليف منحصر في وجوب الرد والفسخ على انه لو اراد فساد العقد بسبب الحرمة المذكورة لم يكن بعيداً ايضاً فان مرجع ما ذكره من اسباب الحرمة الى صيرورة المستودع عاجزاً عن الحفظ لمانع عقلي او شرعي فيخرج بذلك عن اهلية الاستيداع الذي هو بمعنى الاستنابة في الحفظ وهو وجه من القابلية موجب لفساد العقد على نحو استيجار العمل العاجز الموجب فساده فيما يفسد من لا يمكنه العمل ونحو ذلك فتدبر **قوله** ولا ضمان الا بالتعدي فيها او التفريط اذا تلفت الوديعة من غير تقصير فلا خلاف في عدم ضمانها لكونها امانة اذ لا منافاة بين الائتمان وترتب الضمان لقاعدة اليد بل للاجماع والنصوص النافية للضمان كالمروي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال ليس على المستودع ضمان ونحوه المروي عن الكاظم عليه السلام فيمن اختلفا في مال ضايع اتهمه صاحبه وقد قال المال الاقدم الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة وعن الصادق عليه السلام انه قال كلما كان من

وديعة لم تكن مضمونة فلا تلزم مؤيداً ذلك بقاعدة الائتمان ونفي السبيل عن المحسنين وان كان في منافاتها لقاعدة اليد محل مناقشة او انما لو اتلف الوديعة مباشرة كان ضامناً ناسياً كان او معتمداً او كذا عند وجود احد اسباب الضمان التي يجمعها التعدي وهو فعل ما يجب تركه او التفريط وهو ترك ما يجب فعله ويجمعهما التقصير في حفظها ولا يعتبر في الضمان التلف بنفس التعدي والتفريط بل متى حصل ذلك ترتب الضمان وان عاد الى الحفظ لخروجه بالتقصير عن صفة الائتمان **قوله** فلو اخذت منه قهراً فلا ضمان لا ريب في عدم ضمان المستودع ولو تولى اعلى اخذ الوديعة منه لانتفاء ما يوجب الضمان من التعدي والتفريط حتى لو قهره الظالم على مناولة الوديعة له فناوله لم يضمن على الاشهر الاقوى كما في كل مكره على اتلاف مال الغير فان الضمان لا يتعلق به لضعف المباشرة بالاكراه وصيرورته كالآلة لمن اكرهه خلافاً للمحكي عن ابي الصلاح وابي الحارم والفاضل في التذكرة والتحرير من الحكم بجواز رجوع المالك على المكره لمباشرته تسليم مال الغير الى غير مالكه فاذا رجع عليه كان له الرجوع على الظالم فقرار الضمان على الظالم ولم يوجد الآن الا ان الاول اقوى لما اشرنا اليه من عدم استناد الاتلاف اليه عرفاً ومن انه محسن وما على المحسنين من سبيل ولقاعدة نفي الضرر الذي لا يندفع برجوعه الى الظالم اذ ربما لا يتمكن من استنقاذ ما غرم عليه منه نعم لو كان هو السبب في الاخذ بان سعى بها الى الظالم او اخبر بها لا على وجه السعاية مع مظنة اخذها منه ضمن لتفريطه بالسعاية والاخبار حتى لو تلفت بعد ذلك بافة سماوية لزمه دفع الضمان اما لو اخبر مع عدم مظنة الاخذ فاخذها الظالم لم يضمن وكذا لو اخبر اللص بالوديعة فسرقها سواء اخبره بمكانها او لا على الاقوى خلافاً للتذكرة فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان **قوله** ولم يمكن من الدفع وجب ما لم يؤد الى تحمل الضرر الكثير واخذ المال اي تمكن من دفع الظالم عن اخذ الوديعة ولا ريب في وجوبه لحفظها كما يجب دفع سائر المهلكات عنها الا اذا ادى الى ضرر كثير كالجرح فليسقط الوجوب لقاعدة الضرر لو ادى الى اخذ المال فيسقط

وان لم يكن اخذه مجحفا بالحال على ما يقتضيه ظاهر العبارة وظاهرها اما لان اخذ المال دون
تحمل ضرر لا يعاد ضرر وجوبه المقدمة لتحكيم قاعدة الضرر فيها اولان وجوب حفظ الوديعة
بدفع الامالي فلا يجب اذا توقف على مال من المستودع لعدم ما يدل عليه فان ما جاء من
الامر باداء الامانة لا يراد منه الا عدم خيانتها وعدم التعدي والتفريط فيها ولا دليل
على وجوب الحفظ مطلقا حتى يجب جميع ما يتوقف عليه من مال وغيره بل لا يبعد ان يكون
وجوب دفاع الظالم عن الوديعة لا من حيث كونها وديعة بل من حيث المعاونة على البر فهو
كفائي مرتفع لدفع الظالم عن مال المسلم وديعة كان او لقطة او مطروحا لا بد لاحد عليه
حينئذ يتوقف على ضرر مالي وان قل لم يسقط الضرر اذ لا يزال الضرر بالضرر فما في الروضة
من التردد في وجوب دفع المال عليه اذا كان يقصد الرجوع على المالك غير متجه وان
مال الى وجوبه في جامع المقاصد والرياض نظرا الى تحمل ارتفاع الضرر بالرجوع على
المالك وهو في حيز المنع فان قصد الرجوع لا يرفع ضرر دفع المال اذ لا يرتجى الا بتمكن
من الرجوع عليه والاخذ منه مع ان استحقاق الرجوع فرع التكليف بالدفع وهو ممنوع
لعدم الدليل عليه سوى باب المقدمة وهو لو تم يقضي بعدم استحقاق الرجوع على غيره
من المقدمات فالاعمال التي لا يستحق الرجوع فيها باجرة المثل نعم قد يتم بان دفع المال
هنا كدفع العلف للدابة وسقيها يجب عليه بذله مع تعذر الرجوع على المالك ومن
هو بمنزلته من الحاكم وغيره وتعذر بيعها كلا او بعضا للعلف ويستحق الرجوع به على
المالك انه لم يقصد التبرع لكونه في تلك الحال وليا فيما يبذله من المال ومع ذلك فقد
يفرق بين دفاع الظالم بالمال وبذله لدفع الهلاك للوديعة من جوع وعطش ونحو ذلك
فان الثاني مندرج في وجوب حفظ الوديعة مع الاطلاق بخلاف الاول نعم ولو تمكن
من الدفع ببعض الوديعة وجب فلو لم يفعل ضمن من غير خلاف ولا اشكال وفي ضمانه
ما زاد على ما يندفع به الظالم لان القدر المدفوع لا كان ذاهبا لا محالة فلا تفريط

١٢٥ فيه او الجميع لصدق التفريط في حفظ مجموع الوديعة ولانه لو دفع الجميع الى الظالم في مقام التفريط
لم يكن دفعا مأذونا فيه شرعا بخلاف دفع البعض لحفظ الباقي فانه مأذون الشارع فيه ولانه في
الثاني وبعضه انه لو توقف حفظ الحيوان المودع على بيع بعضه لعلفه فلو لم يفعل وتلف
الحيوان ضمن الجميع الامانة ادعى القدر الذي يلزم بيعه وما قيل من ان هذا بمنزلة وديعتين
اراد الظالم اخذهما وكان يمكن دفعه عن احدهما فانه يضمن احدهما دون
الاخرى غريب فان الوديعتين ان كانتا لمالك واحد فهما كالوديعة الواحدة في الكلام
وان كانتا لمالكين لم يجز له دفع احدهما لدفع الظالم اذ لا وجه لحفظ مال شخص بمال
غيره ولو امكن دفع الظالم بمال من المستودع فقد بينا انه لا يجب ولكن الاشكال في جوازه
وفي استحقاق الرجوع به على المالك ان قصده وكان المال اقل من الوديعة لكونه مأذونا
شرعا فيما يترتب عليه مصلحة المالك واما لو كان مساويا لقدر الوديعة فيقوى استحقاقه
الرجوع عليه لكون الوديعة ذاهبة وبذله قدرها كبذلها وعدمه وجهان اقواهما
الثاني لمصلحة بذلك للمالك فيكون مشرعا بالبذل الا ان يعوض مصلحة بنفس العين وهل
تمام ما بذله مع استيعاب القيمة او جزء منه لا يستوعبها وان يرجع بما نقص عن القيمة بدونهم
معه وعدمه ولا يرجع مع بذله تمام القيمة وجهان اقواهما الاول قوله نعم يجب عليه اليمين
لو قنع بها الظالم فتورى لا خلاف في وجوب حفظ الوديعة بجحودها وانكارها والحلف
عليها لو اكتفى الظالم باليمين اما لعدم قبح الكذب في المقام او لكونه اقل القبيحين فيجب ارتكابه
والتورية وان كانت من الكذب ايضا الا انها اقل قبحا من غيرها فان تمكن منها فعلا او قصدا
في نفسه وجبت والا جاز الحلف من غير تورية وان لم يفعل ذلك ضمن قوله فيبطل بموت
كل منهما فتبقى في يد المستودع امانة شرعية ولا يقبل قول الودعي في ردها الا ببينة ولا
ريب في بطلان الوديعة بارتفاع اهلية المالك او الولاية عن المودع او المستودع على
نحو غيرها من العقود الجائزة لجوازها بل للاجماع على اعتبار الاهلية ابتداء واستدامة

ولانتقال المال بموت المودع لوارثه ولا عقد بينه وبين المستودع وانتقال ولاية التصرف بجنونه
واغمائه الى وليه ولا عقد بينهما وكذا الحال في موت المستودع وجنونه واغمائه فانه لا عقد
بين المودع وبين وارثه ووليه ومناط الوديعة الاذن فتبطل بارتفاعها وح فتبقى الوديعة
بيد المستودع ان عرض سبب الانفساخ للمودع وبيد وارثه وعليه ان عرض المسبب له امانة شرعية
لان الشارع بالاستيلاء عليها وعدمها اذن المالك وهو الضابط لجميع الامانات الشرعية
التي منها ما يطير من الامانات المالكية بفساد او فسخ من عقد موجبه او مضاربة او شركة او
عارية او وديعة ونحوها وما يؤخذ من الغاصب بطريق الحسبة وما يوجد من يد الصبي
والمجنون من مال الغير وما يؤخذ من مال الغير بطريق الوديعة عند خوف التلف وما يوجد في الصندوق
المبيع عيبه لامانة والثوب الذي تطيره الريح في دار الغير ومال اللقطة مع ظهور المالك وغير ذلك وح يكون
المال امانة شرعية فلا يقبل منه دعوى الرد الا بالبينة عملا بقاعدة البينة على المدعي واليمين
على من انكر بخلاف الامانة المالكية فان منها ما هو متفق على قبول دعوى الرد فيها كالوديعة
ومنها ما هو مختلف فيه كما سبق وح فلو طالبه الوارث بالوديعة او الولي
فادعى الرد عليه لم يقبل ولو ادعى الرد على المودع قبل ولو ادعى وارث المستودع الرد على المودع
او وارثه لم يقبل وتفترق الامانة الشرعية عن الامانة المالكية بوجوب المبادرة الى ردها
على المالك واعلامه مع انتفاء العذر وعلى الخوض ومن الاعذار المستودع بالوارث لو
مات المودع جهله باختصاص الوارث به فانه لا يجوز له الدفع الى الوارث المعلوم
مع احتمال مشاركة غيره في الارث حتى لو اقام بينة عند الحاكم بكونه وارثا لم يلزمه بالدفع
اليه ما لم تشهد البينة باختصاص الارث به فيحتمل وجوب البحث مدة فلو كان غيره موجودا لظهر
تحرزا من التصرف في مال الغير بغير اذنه ولا يجوز الدفع الى الموجود من اول الامر تمسكا بالاصالة
عدم غيره لكون الاصل معارضا بمثله وهو اصالة عدم استحقاق هذا الموجود للجميع
بخلاف ما اذا علم الاختصاص دونه فانه يجوز الدفع اليه وان احتمل وجود وصية او دين

١٢٦ لاصالة عدمهما من غير معارض ويجوز مع علم المستودع بالاختصاص تأخير الدفع ويلزمه الحاكم
تخليصا من وجوب التغريم حتى لو اتى المستودع عند الحاكم بالاختصاص لم يلزمه بالدفع
مع العلم بثبوت الاختصاص باقرار من بيده العين فالحاكم امره بدفعها اليه تصرف في مال الغير من
غير علم منه باذن المالك نعم لو كان المال دينا الزمه الحاكم بدفعه الى من اقر بكونه من الاقرار
على نفسه بخلاف العين فان اقراره في حق الغير المحتمل وجوده فعليه ان يكون شاهدا على الاختصاص
وهو لا يثبت بمجرده هذا خلاصة ما افاده الفاضل الشارح في المقام مع توضيح لما اراده
وهو جيد جدا جار على القواعد الشرعية كما يستفاد من كلماتهم في باب القضاء وباب الاقرار
وان اعترض بعض فضلاء العصر وردّه بما يعرب عن عدم مراجعته لكلماتهم في مظانها فان
ما ذكره في الاقرار انه لا ريب في حجيته على المقر المخاطب بايصال المال وهو كما ترى فان
اقراره بالعين لموت زيد لا يقضي الزام الحاكم له بدفعه الى زيد لعدم علمه بالاختصاص
الامن اقرار من بيده مال الموروث وهو لا يفيد العلم فلا يسوغ الزامه بالتصرف بالعين
هذا بخلاف ما اذا كان بيده عين فاقر بها لغيره لقضاء اليد بالملكية فيلزم بدفعها
لاقراره كما يلزم باقراره بالدين والفارق ان هذا من هذا من التصرف في مال غيره فينفذ
اقراره فيه واما مال الموروث فهو مال الغير فلا ينفذ واورد عليه على ما ذكره من تعارض
الاصلين بالمنع من تعارضهما بل حينئذ يحكم اصالة عدم وارث اخر لكونه واردا على
اصالة عدم استحقاق الجميع منقطعا به فلا مقتضي للتأخير والبحث عن المستحق نعم لو لزم التأدية
والبحث كدفع ضرر الغرامة عن نفسه لا للتعارض الاصلين وضعفه ظاهر فان انقطاع
الاصلين بالاخر هنا فرع قيام الدليل على الترجيح من اجماع وغيره كما تقرر في محله
ولا دليل هنا وح فالبحث عن المستحق واجب لايصال الحق الى الدافع الغرامة عن نفسه
فان البحث لو كان لدفع الغرامة انما هو من حيث تعلق الضمان بالمستحق فيخشى من التغريم لو
دفع بغير اذن المالك الحاكم وهذا البحث غير واجب على من بيده المال كما فيما نحن فيه

وان جاز التأخير لاجله **قوله** ولو عين المودع موضعاً للحفظ اقتصر عليه الا ان يخاف فتلفها
فينقلها عنه ولا ضمان اذا عين المودع لحفظ الوديعة موضعاً في غير ملكه ففي جواز نقله
الى الاحفظ منه او المساوي خلاف الاكثر على جواز النقل الى الاحرز بل ادعى بعضهم الاجماع عليه
وعن الشيخ جواز نقلها الى المساوي ايضاً وهو خيرة التذكرة وظاهر المقنعة والفاضل الشارح
وجملة من العبارات المنع وبنى الخلاف على ان تعيين الموضع تخصيص او تمثيل وتقدير للحرز على
تعيين الراكب والزرع في الاجارة ولعل الاظهر الثاني للقطع غالباً في الايداع بانتفاء
ما عدا التحفظ من الاغراض المتعلقة بالتعيين وعليه فينبغي جواز نقلها الى الاحرز والمساوي
لا الادون المتفق على المنع من النقل اليه بدون الضرورة لعدم ملائمته لكل من احتمالي
التقييد والتقدير ولو كان المعين مع في ملك المودع لم يجز التخطي عنه معظم لظهوره في التخصيص
بل الخروج عن مسمى الوديعة المعتبر في مفهومها دفع يد المودع عنها كما مر فلا يجوز التخطي
عن مورد الاذن في التصرف فيه كما لا اشكال في عدم جواز التخطي عن المعين في الوديعة
لو قامت القرينة على ارادة التخصيص او صرح بالنهي عن نقلها الى غير المعين فلو نقلها
مع انفهام التخصيص او التصريح بالنهي كان ضامناً الا ان يخاف تلفها في المعين فيجوز
نقلها عنه الى الاحرز والمساوي والادون مخيراً بينها على ما يقتضيه اطلاق عبارة
الكتاب ونظائرها وخالف في ذلك فاوجب النقل الى المساوي فما فوقه عند التمكن
والا فالادون وهو متجه بناء على عدم ظهور التالية من التعيين وهو ممن لا يلتزم به
اما مع فهم التخصيص ولو من قبل النهي عن النقل فيشكل مراعاة المساوي فما فوقه
مع الامكان لان التعيين قد زال لمكان الخوف فيجب ان يتحرى المستودع بعد نقله وزوال
المعين كما لو لم يعين له الاحرز ابتداء وكيفما كان فلو لم ينقلها مع الخوف ضمن لوجوب حفظ
ما بيده من مال الغير ولا يتم الا بالنقل ولا ينافي الوجوب تعيين المالك الموضع ولا
نهيه عن نقلها عنه فان الغرض من التعيين والنهي انما هو الاحتياط في الحفظ فاذا عرض

١٣٧ حالة الخوف فالاحتياط بالنقل نعم لو نهاه عن نقلها ولو مع الخوف بان صرح بالنهي الى التلف بعض
تركها لا اسقاط المالك حرمة ماله واستنابة والتفريط اليه كما لو امره بالقاء ماله في البحر فانه
فانه لا ضمان عليه ولا اثم ان اثم باعتبار وجوب حفظ ما بيده من مال الغير وتحريم اضاعة
المال ولا منافاة بين تحريم الاضاعة وعدم الضمان لكونها حرمة شرعية لا لمراعاة حق المالك
على نحو الحرمة على المالك ولو نقلها مع الخوف فلم يضمن معظم نهاه المالك عن النقل او لا
الى المساوي والاحرز او الى الادون مع تعذرهما كما هو الحيثية والمسالك او معظم كما هو الاظهر
على ما عرفت لبقاء حكم الوديعة ولو مع النهي عن النقل فلا ضمان او مع فرض انقطاع حكم
الوديعة كما يقوى ذلك فيما لو صرح بالنهي عن نقلها وان تلفت فلا موجب للضمان ايضاً
لكونها امانة شرعية لم يفرط في حفظها لانه قصد الحفظ والصيانة والاصلاح فكان محسناً
وما على المحسنين من سبيل نعم ينبغي تقييد ذلك بما اذا كان تعذر ردها الى المالك
او وكيله على نحو غيرها من الامانات الشرعية وبذلك يظهر ضعف ما يحكى عن العلامة
من القول بالضمان مطلقاً ومن القول بالتفصيل بان التلف ان كان بسبب المنقول اليه من انهدام
ونحوه ضمن والا فلا ولو اختلفا في حصول موجب النقل من خوف ونحوه ففي تصديق الودعي
وجهان اقواهما ذلك لكونه امينا فيصدق على ما بيده من تلف وحصول ما يوجب التلف
على اشكال فلو كان فيما لو نهاه عن النقل وان ادى الى التلف وربما قيل بتقديم قول المالك لاصالة
عدم الا ان يعرف هناك ما يدعيه المستودع فيقدم قوله لو افقه للظاهر **قوله** ويحفظ
الوديعة بما جرت العادة به كالثوب والنقد في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة
في المراح لا ريب في ان المدار في حفظ الوديعة على ما جرت العادة به اذ لا تقدير له في
الشرع فيكتفى في حفظها بكلما يعد معه المودع مقصراً او مفرطاً عرفاً وعادة وهو
مختلف باختلاف الودايع وامكنتها وازمنتها وما ذكره المصنف من الحفظ في الصندوق
والاصطبل والمراح غير منحصر فان الاستيداع في البادية غيره في القرى والبلدان

في الحفظ في الشتاء غيره في الصيف وهكذا والمناط العادة ولا فرق في لزوم الحفظ بين ان
يكون المستودع مالكاً للحرز او لا ولا بين ان يكون المودع عالماً بوجود حرز مثلها عند المستودع
او عالماً بعدمه فان العلم بالعدم لا يقتضي الاذن له في وضعها في غير الحرز **قوله** ولو استودع
من طفل او مجنون ضمن الا ان يخاف تلفها فالاقوى عدم الضمان ويبرأ بالرد الى وليهما يعتبر
الكمال في كل من المودع والمستودع فلو كان المودع طفلاً او مجنوناً لم تصح الوديعة من غير
خلاف ولا اشكال لقصورهما عن مباشرة العقد والغاء تصرفهما قولاً وفعلاً وان اذن
الولي لهما الا حيث يكون مميزاً لاثر في ايصال الوديعة الى المستودع وح فاذا قبضها
منهما ضامن لما يقبضه لكونه بغير حق ولا اذن معتبر من المالك ولا من الشارع فيشمله
عموم قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي من غير مخصص ولا يبرأ الا بالرد اليهما لقصورهما
ما لحجر بل الى وليهما الخاص او العام لانه كان المقبوض مالهما والا فالى مالكه او وليه وان
كان المستودع طفلاً او مجنوناً فلا ضمان عليهما بالاهمال والتفريط للاصل السالم عن
عن موجب الضمان سوى عموم على اليد ما اخذت وهو غير متناول لمحل الفرض لما ذكره
الفاضل الشارح في المسالك من ان على ظاهرة في الوجوب ولا وجوب عليهما المنع من ارادة
ذلك فان المفهوم منها الثبوت في الذمة ولو بعونة فهم الاصحاب فيتناول المكلف وغيره
بل المعلوم تخصيص هذا العموم بقاعدة الامانات المصرح بها المقبوضة باذن المالك او
الشارع فانه لا ضمان فيها اجماعاً الا بالتعدي او التفريط والغرض ان الصبي والمجنون
ماذونان من المالك في القبض فلا ضمان عليهما من حيث اليد ولا من حيث التفريط
والاهمال لعدم تكليفهما بوجوب الحفظ وربما علل عدم الضمان هنا بان تسبيب
المالك هنا للتلف بالايداع اقوى من تسبيب الضمان بالاهمال فيكون المالك هو المتلف
وفيه انه لو فرض انه داخل في عموم على اليد لم يكن لقوة تسبيب المالك اثر في دفع الضمان
اصلاً واما بالاتلاف والتعدي فالمتجه الترتيب لعموم من اتلف مال غيره فهو له ضامن

١٣٨ فانه من خطاب الوضع المتناول للمكلف وغيره وللعمد وغيره وللقاصد للاتلاف وغيره
وح فيؤدي من ماله ان كان والا فمن ماله بعد التكليف فما عن بعضهم من الحكم بعدم الضمان
نظراً الى عدم التكليف فلا تسليط للمالك له عليه فكان سبباً قوياً والمباشر ضعيف
فضعيف كضعف القول بالفرق بين المميز وغيره فيضمن المميز خاصة لعدم قصد غيره الى الاتلاف
كالدابة لما عرفت من عدم الاثر لمدخلية القصد في ترتب الضمان بالاتلاف والفرق بينه
وبين الدابة بثبوت الذمة لغير المميز وعدم ثبوتها للدابة وعلم المالك بعدم صلاحيته
للوديعة للحفظ لا يوجب سقوط الضمان بالاتلاف والا لسقط عن المكلف حيث يعلم
حاله الاتلاف وليس ذلك بمنزلة ما لو اذن له المالك بالاتلاف لان التسليط هنا انما وقع
على الحفظ لا على الاتلاف **قوله** ويجب اعادة الوديعة على المودع ان كان كاملاً او وليه
لو اهمل بعد المطالبة انما يجب رد الوديعة مع المطالبة بها او مع الضرورة لخوف من تلفها
او مع فسخ عقدها فتبقى في يد المستودع امانة شرعية فيجب المبادرة الى ردها الى من له التصرف
في مال الغير بغير اذنه ولا فرق في وجوب ردها بين كون المودع مسلماً او كافراً لعموم قوله
تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها والنصوص الناصة على التعميم نحو قول
الصادق ع ادوا الامانات الى الاسود والابيض وان كان حرورياً وان كان شامياً وفي آخر
وان كان مجوسياً وفي آخر ولو الى قاتل الحسين ع وفي آخر ولو الى قاتل ولد الانبياء
وهي متواترة معللة في بعضها انه ائتمنه عليه بامانة الله منا ولذا باطلاقها الجميع اصناف
الكافر وان كان حربياً كاطلاق الفتوى الا ان المحكي عن ابي الصلاح وجوب ردها الى سلطان
الاسلام ان كان المودع حربياً ولعله بنى ذلك على ان الحربي لا يملك بل ماله مباح كسائر المباحات
يملك بالحيازة وانه فيء للمسلمين وهو خلاف ظاهر الفتوى فينبغي وجوب الرد اليه
لعموم وجوب رد الامانة الى اهلها ولا يعارضه عموم ما دل على ان مال الحربي فيء للمسلمين
يجوز التوصل الى اخذه بالقهر والسرقة والغيلة وكل حيلة لقوة عموم الودايع

والامانات في نفسها واعتضادها بالاصول والفتاوي والاعتبار والاخبار الناهية عن اخذ المقام مما يليه من الوديعة وان كان الاظهر حملها على الوديعة الكراهة كما تقدم نعم يجب ردّ وديعة الحربي الى والي المسلمين لو خرج الى دار الحرب بعد ناسيه فمات في بلاده والمراد من الرد هنا دفع اليد عن الوديعة والتخلية بينها وبين المالك فان كانت في بيت او صندوق فمضى عليه ولا تلزمه مؤنة النقل ولا وفي بر انه ذمته من الوديعة بين ايصالها الى المالك او وكيله او وليه ورفع امرها الى الحاكم اذا لم يكن المالك اهلا للقبض وكذا اذا كان غائبا ويجب على الحاكم قبولها مع الاضطرار في ردها وفي وجوبها مع عدم الاضطرار وجهان ولو كان المالك المودع جماعة مشتركون في الوديعة فطالب بعضهم لم يجز دفعها اليه ولا قسمتها معه بل يرفع امرها الى الحاكم فيقسمها **قوله** ويضمن لو اهمل بعد المطالبة اذا اهمل المستودع ردّ الوديعة بعد مطالبة المستحق من مالك او ولي او وكيل فان كان تاخيره لغير عذر ضمن اجماعا لوجوب المبادرة الى ردها وان لم تقل بدلالة الامر المطلق على الفور لان المطالبة بالوديعة تقتضي لا بقائها فيخرج الا تكون تصرفا في مال الغير بغير اذنه وان كان تاخيره لعذر لم يضمن بلا خلاف لسقوط التكليف بالمبادرة مع العذر فلا يكون مقصرا في رد الوديعة وحفظها ومناط الضمان فيها التقصير والمدار في العذر المسقط للضمان على ما لا يصدق معه الرد اصلا ولا بالشرع الذي يعلم اهمية من التكليف بالمبادرة شرعا بل كلما لا يعد معه المستودع مقصرا في العرف او العادة فهو عذر مسقط للضمان فالظاهر ان التشاغل بالصلوة فرضا ونفلا وبقضاء الحاجة وبالطعام والحمام وبملازمة الغريم ومجيء المطر الذي يشق معه الوصول وخوف الطريق ونحو ذلك من الاعذار المسوغة للتاخير لعدم صدق التقصير بالتاخير معها في مجاري العادات فلو تلفت الوديعة بسبب التاخير في هذه الاحوال وشبهها لم يكن تفريط ولا ضمان في الامانات الا بالتعدي والتفريط فما في التذكرة من التاخير ان كان لضرورة الحفظ او غريم يخوفه او كان في صلوة نفل فالاقرب الضمان معللا بان الدفع دفع المال الى المالك واجب مضيق وهذه الاشياء ليست

ليث

١٣٩ ليست اعذارا وقيده في جبن المنع لان فرض حصول الضرر دينا او دنيا موجب للحكم فاعلية الضرر لا ضرر ولا اضرار في الاسلام فلا تكون الضرورة في المقام على وجه تقتضي قطع التشاغل بالامور المذكورة كما لا تقتضي سرعة المشي والركض لردها او ان امكنه ذلك بل المدار في المبادرة على النحو المعتاد والذي لا يعدّ معها الراد متهاونا ومفرطا في الرد وهو يختلف باختلاف الاوقات والاحوال والاشخاص بل لعل هذا المعنى من احكام الامانات الشرعية والودايع التي بناء الشارع فيها على التوسعة ولو كان المراد غير ذلك من الضرورة لادّى الى العسر والحرج والتنفر عن الاستيداع مع سبيل الحاجة اليه وفي جواز التاخير لطلب الاشهاد ودفعها على المالك اقوال ثالثها التفصيل بين كون المالك قد اشهد على الاستيداع فللمستودع التاخير دفعا للتهمة وعدمه فلا يجوز وهو اختيار المصنف التذكرة واستجوده في المسالك والاقوى المنع مطلقا لقبول قول المستودع في الرد فلا يفتقر الى الاشهاد وارادة دفع كلفة اليمين به لا تعد من الاعذار ولو طلب الوكيل الرد فعن التذكرة جواز التاخير الاشهاد عليه لانه لو انكر الدافع صدق في يمينه وذلك يستلزم ضرر المستودع باللزوم وهو متجه لو استلزم تقديم قول الوكيل غرامة المستودع وقد يمنع من ذلك بل تقديم اليمين انما يرفع الغرامة عن نفس الوكيل واما المستودع فهو مصدق في دعواه الرد في حق المالك لان يد الوكيل يد المالك ايضا ولان للمستودع وكيل من المالك على ايصالها الى وكيله والوكيل مصدق في دعواه ضمنها وظل فيه فتم **قوله** حفظا او اودعها الغير من غير ضرورة المراد من ايداعها الغير واستنابة الغير عن نفسه في الوديعة ولا ريب في كونه تعدّيا موجبا للضمان في الجملة لان اطلاق العقد يقتضي مباشرة الحفظ ولان المالك لم يرض الا بيد المستودع وامانته لا يخالف فيه ذلك مقتضى الضمان من دون فرق بين ان يكون الغير زوجة او ولدا او عبدا او غيرهم ممن وجبت نفقته عليه او لم يجب خلافا لبعض اهل الخلاف كما لا فرق بين استنابة الغير على الاستقلال او على التشريك معه في حكم التشريك وضع الوديعة في محل مشترك بينه وبين غيره بحيث لا يلاحظها في الاوقات فانه يعد في الامانة موجبا لضمانها وانما يضمن بالايداع بشرط

احدهما انتفاء الاذن من المالك بذلك ولم ينبه عن المقام لوضوحه وبشرطه الحقيق في الشرائع عدم فلو اذن له بالايداع لم يضمن سواء اذن له بالايداع عن المالك ليكون المستودع الاول وكيلا عنه في الايداع من الغير او بالايداع من الغير او بالايداع عن نفسه ليكون ذلك من طرق الحفظ الواجب على المستودع والفرق بين الايداعين وما يترتب عليهما من الثمرات في كظهور انتفاء الضمان مع الاذن فان الموجب له التعدي لعدم استفادة الرخصة من اطلاق العقد ولا تعدي مع صريح الاذن وانهما بهما من الاطلاق بقرائن الاحوال كما لو علم المودع رفع المستودع عن مباشرة فتح الابواب وغلقها فيما من الاطلاق بقرائن الاحوال كما لو علم المودع وسدها الا بان له ذلك الى وجه وحار صرفا له في حوزة الاذن والاستنابة في الحفظ ممن ذكر جريان على المتعارف كما يجوز استنابة العدل بالنظر الى دكانه واما ان حسب بذلك لعضاء حاجة في السوق او البيت ونحو ذلك لتعارفه في حفظ الوديعة فلا يعد به متعديا **ثانيهما** انتفاء الضرورة فلو اضطر اليه لخوف على الوديعة من سرقة او حرق او نهب ونحو ذلك ولم يتمكن من ردها الى المالك او وكيله او الحاكم عند تعذر حاجته الى الايداع من العدل بمعنى استنابته عن نفسه بالحفظ لان اللازم هو المباشرة مع الامكان فاذا تعذرت وتعذر الرد الى المالك ومن بحكمه جازت الاستنابة في الحفظ لسائر التكاليف التي يعدل معها الى الاستنابة في مقام تعذر المباشرة وليس المراد من ايداع العدل جعله مستودعا من المالك اذ لا توكيل منه بذلك ولا التخلية بين الوديعة وبين القبول ليتولى حفظها حسبة على نحو تولي عدول المؤمنين مال الحاكم حسبة عند تعذره لان هذا لا يسمى ايداعا بل ردا الى المالك كردها الى الحاكم ولان تولي العدول حفظ المال المحترم حسبة انما هو حيث لا يد عليه او مع عجز ذي اليد عن حفظه بجميع الطرق مباشرة او استنابة عن نفسه فاذا امكنت الاستنابة فلا مجال للحسبة فما يظهر من بعض فضلاء العصر من ان هذا الايداع والتحفظ ليس من حيث كونه وديعة لكونه بل لكون الايداع من افراد الحفظ الواجب على المستودع خاصة بل من حيث وجوب

حفظ

١٤٠ حفظ المال المحترم كفاية على المستودع وغيره عن حق ما فيه بعد التمرة فيها اشتراط اليد كما لا يخفى ما بين الايداعين من الفرق والفوائد والثمرات **قوله** او سافر بها كذلك اي من غير ضرورة مع انه كان متمكنا من ردها الى المالك او وكيله او الحاكم او ايداع العدل فانه لو سافر بها والحال هذه ضمن من غير خلاف احد من بين الاصحاب بل في التذكرة انه مذهب علمائنا اجمع سواء كان السفر مخوفا او غير مخوف وانما يعزى الخلاف فيه الى بعض المخالفين ولا النقل البراءة لان الاطلاق منصرف الى الحفظ في الحضر لان السفر بنفسه لا يخرج عن تغرير بالمال ولو مع الاذن ولذا ورد في النبوي ان المسافر وماله لعلى تلف الا ما وقى الله نعم لو اذن المالك بذلك فلا ضمان من غير فرق بين استفادة الاذن من التصريح او القرينة كما لو كان المستودع مسافرا حين الايداع فالقرينة له ادامة السفر مستصحبا لها ولو حضر ففي جواز استصحابها في سفر آخر وجهان اقواهما العدم وكان منتجعا اهل البوادي وفي الحاق كثير السفر كالمكاري والملاح اشكال الاقرب العدم وفي انتفاؤه ويستفاد من مفهوم العبارة انه لو سافر بها مع الضرورة بان لا يتمكن من الرد والايداع لم يضمن وهو كذلك وان اضطر الى السفر بل في التذكرة الاجماع عليه لتوقف حفظها على استصحابها بها معه سفرا فيجب لوجوب المقدمة اما مع عدم الاضطرار اليه ففي جواز السفر بها والتزام الضمان او يلزمه الالتزام او المنع من السفر وجوه اوجهها الاول وهو خيرة التذكرة معللا بانه التزم الحفظ في الحضر فليتوجه او يلتزم خطر الضمان ويليه فعدم الالتزام الحفظ له في الحضر ان كان مع لعين الاقامة والمنع من السفر لوجوب ما لا يتم الواجب الا به وان كان مقيدا بعدم ارادة السفر كما هو عليه تم المختار المستفاد من التذكرة فلا وجه للضمان مع اختيار السفر لكونه سائغا مستندا في التراخي انواع الحفظ الواجب عليه ولا موجب للضمان ولعل الاقرب جواز السفر مع عدم التزام الضمان اما جوازه فلان الاصل ويكون السفر ضرورة ممنوع ايداع العدل مع الامكان مسوغا لا ستصحاب الوديعة مع النعمة وعدم الامكان اذ لا اشكال في جواز استصحابها مع الضرورة والسفر ضرورة وان لم يكن مضطرا

الابد واما عدم التزام الضمان فلعدم الدليل على الالتزام اذا عرفت هذا فينبغي التنبيه على امور **الاول** المذكور من الاصحاب المنع من السفر بالوديعة ان تمكن من ايداع العدل وينبغي تقييد ذلك بصورة الامن وعدم الخوف من الايداع والا فالمتجه جواز السفر بها مع الامن فيه بل قيل بوجوبه لوجوب الحفظ فاذا لم يحصل الا بالسفر وجب من باب المقدمة وغيره مما عرفت من ان مقتضى العقد التزام الحفظ فاذا لم يرد السفر فلا يلزم منه انشاء السفر لحفظ الوديعة نعم لو سافر لزمه استصحابها مع الخوف ولو تعذر الايداع بل لا يبعد انه لو خاف التلف عليها مع دفعها الى الحاكم لم يجز دفعها اليه لان ولاية الحاكم على الغائب في محل الاضطرار والضرورة مع امكان السفر بها الا ان يكون السفر مخوفا ايضا فيتعارض الخطران وح فلا يبعد ترجيح خطر الحضر لان السفر بنفسه خطر فاذا انضم اليه امارة الخوف زاد على خطر **الثاني** لا يكفي في جواز السفر بالوديعة تعذر الايداع بل لو امكنه الدفع واعلام العدل بحالها لم يجز السفر بها لكونه بحكم الايداع والايصاء بها عند الموت كما نبه عليه في التذكرة **الثالث** ان تم العنوان المنع من السفر بالوديعة من الرد والايداع وهو على الاطلاق مشكل ايضا على ما يظهر من تعميم الحكم لمايعم السفر الشرعي والعرفي القريب والبعيد لمخالفته لما عليه السيرة المستمرة في جميع الاعصار والامصار من مسافرة الودعيين ومفارقتهم الودائع مع عدم استئمانه العدل بل يعتمدون في بقائها على حرزها واطلاع الاولاد على احوالها وان لم يكونوا من اهل العدالة لحصول الاطمئنان بحفظها كاطمئنانهم بحفظ اموالهم وان كانوا حريصين عليها اذ لا يجب على الودعي الا معاملة الوديعة ولو اقل من نسخ مع الامن وانتفاء الخطر تفريطا وتضييعا بل ليس ذلك الا نظير التردد في نواحي البلد وحدودها فكما لا يعد مثله تفريطا ولو طالت المدة ما لم يخف التلف عليها فكذا السفر الا ان يقوم على منع السفر تفريط شرعا وان لم يكن كذلك عرفا وعادة ولذا **قوله** او طرحها في موضع تتعفن فيه من اسباب الضمان عدم دفع المهلكات والمفسدات عن الوديعة لتوقف الحفظ عليه ودفع ذلك عنها فالاخلال

تعد او تفريط فان طرح الوديعة مدة في موضع تتعفن فيه بتلك المدة كالطعام والعتيق والامكنة الحارة والكتب في الندية ونحو ذلك كان تعديا بان الوديعة موجبا للضمان مع علم المستودع بحالها اما جهله بها بان اودعه صندوقا مقفلا لا يعلم ما فيه فلا ضمان على المستودع لعدم صحة استناد التفريط اليه ولو جهل الاحتياج الى جهة مخصوصة لا تفسد فيه

141

في الضمان وجهان والقول بالنفي لحصول التفريط وانه لم يكن اثما لا يخ من قوة **قوله** او ترك سقي الدابة وعلفها بما لا تصبر عليه عادة فان الودعي لسقي الدابة وعلفها مدة لا تصبر عليها امثالها عادة تفريط موجب للضمان لوجوب حفظها وتوقفه على السقي والعلف فالاخلال بهما تقصير في الحفظ ونحوها العبد والامة في الانفاق عليهما والشجر والزرع حيث يتوقف حفظهما على السقي والحرث فمتى حصل التفريط كان ضامنا سواء تلفت بترك السقي او العلف او بغيرهما من الاسباب كما تقتضيه قواعد الوديعة والمضاربة ونحوهما الصيرورة اليد بالتقصير بالتفريط يد ضمان كيد العدوان وان لم ينفسخ العقد بذلك ولا يختص الضمان بالتلف الحاصل بسبب التفريط من غير خلاف على الظ وان توهم بعض عبارات الفاضلين خلافه ولو ماتت الدابة قبل مضي المدة التي لا تصبر عليها لم يضمنها المستودع الا ان يكون بها عطش او جوع سابق على الايداع وهو عالم به فيضمن ولو كان جاهلا به ففي الضمان وجهان ذكرهما في التذكرة والاقرب عدمه لعدم تحقق التفريط من المستودع مع الجهل وانما المفرط المودع لابداعه وعدم اعلامه بالحال ومع الضمان ففي اختصاص المستودع وتقسيطه وجهان ولا فرق في تحقق السقي والعلف بين امر المالك بهما او الاطلاق لتضمنه الامر بالحفظ المستلزم لوجوب سقيها وعلفها اما لو نهاه عن السقي والعلف فتركهما كان عاصيا لما فيه من تضييع المال او هتك حرمة ذي الروح من الحيوان وفي الضمان اشكال من حيث عدم الاعتداد بنهي المالك في المقام لمخالفته لما امر به الشارع من حفظ المال وعدم تضييعه واحياء ذي الروح وربما اندرج مثله في السفه والتبذير ومن ان حفظ المال انما يجب على المالك فاذا

وهو الاقوى حيث لا تكون الوديعة حيوانا كالشجر والزرع ونحوهما فانه لا وجه لتضمين المالك مع نهيه عن السقي والحرث واما الحيوان ففيه اشكال من حيث وجوب نفقته على المالك وامره بالاتلاف ذي الروح من ذلك فالاقوى عدم التضمين ولو اختلف المالك والمستودع في قدر

142

النفقة فان لم يكن دالا على العدد والمتعارف فقدم قول المستودع لكونه امينا كالوكيل المصدق فيما وكل فيه والا فقول المالك وان اختلفا في مدة الانفاق فالقول قول المالك عملا بالاصل **قوله** او ترك نشر الثوب نشر الثياب وطيها من مقدمات الحفظ وموجبات خلوها من الدود مع الحاجة لطول المكث وخوف الفساد وكان مفرطا ضامنا وكذا اعراضها على البرد بل لو توقف حفظها على لبسها وجب ونحوه لو توقف على حفظ الدابة على ركوبها او نقلها الى الحرز او العلف او السقي او توقف حفظ الكتاب على تقليبه والنظر فيه وما ورد من النصوص في الثوب المرهون هو بحكم الوديعة ما ظاهره عدم الزوم تعاهده ونشره فغير واضح الدلالة وان حكي عن الصدوق في المقنع والمحقق العمل بمضمونه **قوله** او انتفع بها لا ريب في ان الانتفاع بالوديعة لا لاجل الحفظ تعد موجب للضمان اما لو قصد الانتفاع ولم ينتفع فان كان لا يقصد الاستيلاء عليها وغصبها فالظ عدم الضمان وان كان بقصد غصبها وجحودها على المالك ففي الضمان وجهان اقواهما ذلك لصدق الخيانة وانتفاء الامانة على نحو ما لو قبضها ابتداء بقصد الاستيلاء والغصب لعدم الفرق بين ابتداء القبض واستدامته في تحقق معنى الوديعة مع قصد الحفظ للمالك وعدم تحققه لا بقصد ذلك **قوله** او مزجها انما يكون المزج تعديا موجبا للضمان اذا كان على وجه لا يمكن معه التميز لان كان اطلاق العبارة متناولا لما يمكن التميز معه ايضا لكنه لا يخ عن اشكال الا ان نقول ان الاحوال على ارادة المودع حفظها على الاستقلال وان امكن التميز لبعض الاغراض كوقوع الاشتباه وفقد المميز وكيف كان فالمزج الممنوع انما يكون في المثليات وليس الموجب للمنع تغيب الوديعة بالشركة او لا فرق بين مزجها بمال او بمال المودع

بل لو مزج احدى الوديعتين بالاخرى لمالك واحد ضمنهما جميعا كما لا فرق بين المزج
بالاجود والمساوي والادون **قوله** ولو رد الوديعة حيث يؤمر برد الى المالك او وكيله فان تعذر
فالحاكم الشرعي عند الضرورة الى ردها المراد من رد الوديعة رفع اليد عنها والتخلية بينها وبين
المودع وانما يؤمر بردها مع طلب المالك او وكيله او مع الضرورة الى ردها كالعجز عن الحفظ
او عروض خوف يقتضي استئذان المستودع المانع من رعايتها او الخوف عليها من السرق او الحرق
او الغرق او النهب واخذ المتغلب بها مستقلا او منضما الى ماله ومن الضرورة السفر عنها
مع الاضطرار اليه او مطلقا بناء على منافاة السفر معها للحفظ وان كانت السيرة والطرق تعز على
خلافه في كثير من الاحوال وكذا يجب ردها مع طرو انفساخ عقد الوديعة او فسخه لصيرورتها
حينئذ بيد المستودع امانة شرعية يجب المبادرة الى ردها كما سلف التنبيه عليه وحيث
يجب الرد فلا يبرء الا بردها الى المالك او وليه او وكيله على قبضها عموما او خصوصا فان
تعذر ذلك لغيبة المالك وفقد الولي والوكيل فالحاكم الشرعي الذي هو ولي الغائب في
حفظ ماله ومقتضى ولايته جواز ردها اليه مع فقد المالك ومن بحكمه اختيارا وانه لم تكن
ضرورة تقتضي ردها من خوف السرق والحرق ونحو ذلك الا ان ظ الاصحاب المنع من ردها
الى الحاكم الا في مقام الضرورة معللين بان الحاكم لا ولاية له على من له وكيل والودعي بمنزلته
وانما جاز الدفع اليه عند الضرورة دفعا للحرج والاضرار وتنزيلا له منزلة من لا وكيل
له ح وصيرورتها من الامانات الشرعية والحاكم ولي الغائب عنها ومن المعلوم ان الوديعة
من العقود الجائزة فللمستودع الفسخ في جميع الاوقات ولازمه وجواز ردها الى الحاكم
عند غيبة المالك فكما يملك فسخها مع غيبة المالك جواز الرد الى الحاكم بحالة الضرورة حتى لو
لم يكن عذر لردها كان اثما ضامنا بردها اليه لا يخ عن اشكال ان لم يقم اجماع على المنع من ردها
اليه الا مع الضرورة ولو تعذر الحاكم جاز ايداعها من ثقة ولا ضمان لو تلفت كما صرح به
كثير من الاصحاب وظاهرهم ان ايداع الثقة ح لكونه من افراد الحفظ لا لغيابه مقام الحاكم

افراد
في الحسب وح فيشكل اعتبار الترتيب بتقديم الدفع الى الحاكم على الايداع من ثقة اذا كان من
ما وجب من الحفظ على المستودع وكان متمكنا منه لم تكن ضرورة تقتضي الرد الى الحاكم بل يكون
١٤٣ الايداع من الثقة مثل ما عليه لانتفاء الضرورة مع التمكن منه فليتأمل **قوله** ولو انكر الوديعة
حلف ولو اقام المالك بها بينة قبل حلفه ضمن الان نكوله جواب لا يستحق عندي شيئا وشهد
اذا اختلفا في الايداع فلا ريب في تقديم قول المنكر بيمينه لعموم البينة على المدعي واليمين على من
انكر الا انه لو اعترف بها او قامت البينة بها بعد جحوده قبل حلفه ضمنها من غير خلاف ولا اشكال
لو كان الجحود بعد طلبها منه لخيانته بجحودها ولانفساخ الوديعة بالطلب وانقطاع الاذن
ببقائها بيده فتكون مضمونة عليه لخروجه عن الائتمان وصيرورة يده يد عدوان اما لو جحدها
ابتداء او بعد سؤال غير المودع فالظ عدم الضمان لبقاء حكم الوديعة وعدم ثبوت الخيانة والا
استيلاء عصيانا بمجرد الجحود لاحتمال كونه لمصلحة الوديعة بارادة اخفائها لدفع ظالم او متغلب
ونحو ذلك وكذا لو جحدها بعد سؤال المودع عنها وقال لي عندك وديعة فانكر في غير محل
الطلب فان الاظهر عدم الضمان وفاقا للتذكرة لاحتمال النسيان وللمصلحة فلم ينقطع الاذن
لانتفاء الطلب وقيل بالضمان لاصالة عدم النسيان ولان جحوده يقتضي كون يده ليست عن
المالك لان نفي الملزوم يقتضي نفي اللازم وهو كما ترى فان اصالة عدم النسيان لا يثبت
العدوان واصالة عدم المصلحة يمنع الملازمة بين الجحود والاستيلاء العصبي مع قيام احتمال
غيره ايضا والاصل براءة ذمته من الضمان وكيف كان فلو اقر بها بعد الجحود او قامت البينة
بها ثم اذا ادعى تلفا او ردا فان ادعاه بعد الجحود او بعد قيام البينة سمعت دعواه بالبينة ولم
يقبل قوله مجردا عن البينة ولا بيمينه لخيانته بالجحود وان ادعاه قبل الجحود لم يقبل قوله ولم تسمع
بينته لتكذيبها بجحوده الاول الذي هو نفي للايداع بعدم التلف والرد في الشرائع انه
لو قيل تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسنا وعن التذكرة احتماله لعموم البينة على
المدعي ولجواز استناد جحوده الى النسيان وفي المختلف انه لا تسمع بينته ولا يمينه ولكن له احلاف

الغريم وهو نوع من سماع الدعوى فيكون قولا وعن المصنف في بعض تحقيقاته ان الظاهر لا انكاره
الاول ناويلا بان قال ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها او ضمانها ونحو ذلك قبلت
دعواه والا فلا واختاره الفاضل الشارح والاقوى عدم السماع مطلقا لما عرفت نعم لو كانت صيغة
صيغة جحوده لا تستحق عندي شيئا او ليس لك وديعة يلزمني ردها ونحو ذلك مما هو
غير ظاهر في انكار اصل الايداع لم يكن ذلك منافيا لدعواه التلف والرد ثم يثبت به حينئذ
فلا مانع من قبول قوله مع البينة وبدونها كما نبه المصنف عليه لكنه خروج عن محل البحث اما لو
كان صيغة جحوده الايداع صريحا وظاهرا كقوله ليس لك عندي وديعة فلا يسمع منه
دعواه الجحود ولا يجدي التاويل بعد انكار اللفظ في انكار اصل الايداع كما لا يخفى **قوله**
والقول قول الودعي في القيمة لو فرط اذا اتلفت الوديعة وكانت مضمونة لتعد او تفريط
فاختلف المالك والودعي في قيمتها فقيل قول المالك لخروج الودعي بالتفريط عن الائتمان
وللخبر المرسل والمجبر بما عليه المصنف والاكثر مع عدم تقديم قول الودعي للاصل من غير معارض
سوى الخبر ولم يثبت ولعل المناط في قول الودعي كونه امينا ولذا يقبل قول الغاصب ايضا في القيمة
مع التلف كما يقبل قول الودعي في قدر الوديعة لو اختلفا في قدرها **قوله** واذا مات المودع
سلمها الى وارثه او الى من يقوم مقامه ولو سلمها الى البعض ضمن للباقي هذا مما لا اشكال فيه
ولا خلاف وقد سبق ان تسلم الوديعة الى وارث المودع انما هو مع العلم بالوارث والا
فلو جهل الاختصاص يجب الدفع الى المعلوم ومع عدمه فالاصل بل يجب التاخير والتفحص حتى
يعلم بعدم غيره ولو بالبينة ولا يجوز تسليم الارث مع تعدد الوارث لواحد منهم بل يسلمها
الى الجميع او وكيلهم او وصيهم ولو دفع شيئا من الارث لواحد منهم ضمن حصص الباقين ولو
حضر بعضهم فاراد حصته فاسم الحاكم **قوله** ولا يبرء المستودع باعادتها الى الحرز اذا
اعاد الوديعة بعد التعدي او التفريط لا حرزها لم يبرء بذلك من الضمان لاستصحابه
وعدم الاتيان بما يقتضي رفع السبب الاول الموجب للضمان نعم لو ردها الى الحاكم مجددا الايداع

بر من الضمان بالرد ولم يقض ثانيا الا بالتعدي او التفريط من غير اشكال وكذا لو فسخ المودع الوديعة
ولم يقبضها تجدد عقدها او هي بيد المستودع فان الاظهر زوال الضمان لاختصاص السبب
المقتضي بالعقد الاول ومضيه واستدامة القبض قبض جديد بداية بالعقد الثاني ولم يحصل بعده
ما يوجب التضمين اما لو قال او دعتكها واستامنتك عليها ونحو ذلك من غير تقديم فسخ
١٤٥ قيل بسقوط الضمان كسقوطه بالاسقاط والابراء وهو لا يخ عن اشكال فان الموجب لسقوطه
بذلك ان كان توهم تجديد العقد فهو مع التجديد بدون الفسخ وانما فائدته التاكيد
احتمال تضمنه فسخ العقد السابق بعيد وان كان توهم افادة هذا القول فائدة الابراء
واسقاط الضمان فهو المنع من افادة ذلك ولو فرض فيمنع سقوط الضمان باسقاطه
ابراء لعدم ثبوت مال في الذمة حتى يتعلق به الابراء والاسقاط وانما المراد من الضمان
اشتغال ذمته بالمثل او القيمة بعد حصول التلف على نحو ضمان الغاصب ومجرد هذه الا
غير صالح للاسقاط اذ ليس حقا على نحو حق التحجير والشفعة والخيار ولو اوقع الابراء مما
يتعلق بعد فرض التلف كان ابراء لما لم يجب **قوله** ويقبل قوله بيمينه في الرد هذا هو المعروف
بين الاصحاب بل لا اجد فيه خلافا وان احتمل نقلا عن بعضهم احتمال قول المالك لعموم البينة
على المدعي والمستودع في المقام مدع بل وجه الا انه لا قائل بهذا الاحتمال بل عن صريح
الحلي وظاهر الصيمري دعوى الاجماع عليه كما انه ظاهر استدلاله في المضادية على تقديم
قول العامل في الرد الحاقا بالوديعة التسالم عليه في الوديعة ولعله عند مضافا الى
الى منافاة الخبر القبول تبعا بانه محسن فلا ينافي مصلحة المالك فان العلة في الوديعة اتم
منها في المضاربة ويعضده التعليل بقبول الودعي قول بالتلف المجمع عليه وان حكي عن
قصره على ما اذا كان بسبب غير ظاهر بكونه امينا وعموم الوارث الناهية عن اتهام الامين
بناء على ان التكليف بالبينة على الرد يدفع اتهام وان كان لا يخ عن مناقشة فلا محيص عن قبول
قوله في الرد لكن مع اليمين كما تعتبر اليمين في دعوى التلف ايضا وان قيل بعدم اعتبارها فيه

فيه لكن لا قائل بعدم اعتبارها في الرد فيلزم اعتباره فيه انتصارا على المجمع عليه فيما خالف
قاعدة البينة واليمين على من انكر **قال كتاب العارية** ولا حصر ايضا في الفاظها العارية
بالتشديد والتخفيف عقد لاباحة المنفعة تبرعا والامر في تخفيفها انها ماخوذة من العار
بمعنى العيب او من العارة التي هي مصدر ثان لاعرت اعارة او من عار يعير اذا جاء وذهب ومنه
العيار ويعني التداول وان كان اخذها من الاخير بعد انسب كما يظهر من الفاضل الشارح ومع
وعزم اطلاقهما على نفس الاباحة والاذن في التصرف حتى لو استفيد رضا المعير بالتصرف من غير
الالفاظ كالاشارة والكتابة ولو مع القدرة على النطق كفى فلذلك او خلوا في العارية لتصرف
بضرورة الهدايا والطعام المقدم للضيف وانتفاع الضيف بالفراش والوسادة ونحو ذلك
وهو كما ترى خارج عن مفهوم العارية عرفا وشرعا بل لو اذن واباح لفظا لم يكن عارية وان
افاد فائدتها وجواز الانتفاع اذ لا ملازمة بين اشتراك الامرين في فائدة واتحاد معنيهما
سيما مع امتيازها بالثمرات والفوائد التي منها ان اباحة العارية العقدية لا تحصل لورثة
المستعير الا بايجاب او فسخ بعد قبوله بخلاف الاكل باحة المطلقة ومنها ان الاباحة قابلة
للعموم والخصوص بخلاف العارية فانها لا تكون الا لمعين مخصوص ومنها ان العارية قد
تكون مضمونة في بعض الاحوال بخلاف الاباحة ومنها الاكتفاء في الاباحة باذن الفحوى
وشاهد الحال بخلاف العارية الى غير ذلك من الثمرات فدعوى اتحادهما مخالف وشاهد
الحال بخلاف العارية الى غير ذلك من الثمرات فدعوى اتحادهما مخالف للصدق العرفي
والاصطلاح الشرعي اذ لا يظهر من الفقهاء سوى ان العارية عقد من العقود ولو كانت اباحة
واذن مجردة لكانت من الايقاعات وما من التذكرة من الاكتفاء بحسن الظن بالصديق في جواز
الانتفاع بمتاعه لا يدل على انه عارية بل مراده مجرد بيان الاباحة والجواز
وقد جاء جماعة بكون المنفعة متناولة للاية الدالة على جواز الاكل من بيوت ولو بغير حضور
المواخذة والبايس ولا بالتعدي الى الاحكام اجمع ان تحقق معنى الاولوية في الامر الاكبر
لحجية

145 لحجية دون قياس الاولوية فلم وكيفما كان فخصوص عقدية العارية اعتبار اللفظ في طرفي
الايجاب والقبول انه يكتفي فيها بكل لفظ يدل عليها كما نبه عليه لكونها من العقود الجائزة
المتسامح في صيغها حتى الكتفاء بالفعل في قبولها على نحو ما مر في الوديعة واما الاكتفاء في ايجابها
بالفعل مع القدرة على النطق فلا ينبغي التام في فساده ان لم يكن تبعا او دفعا وقبضا وان افاد اباحة
التصرف وان كان دفعا كما اذا راى عاريا فكساه ثوبا او مضطجعا فناوله وسادة حتى كونه
عارية وجهان والظاهر انه معاطاة العارية لا من عقدها وربما كان صدق العارية عليه من
المسامحات العرفية على نحو ما مر في صدق البيع وغيره من معاطاته مسامحة فلذا عرفها
المحقق وغيره بانها عقد ثمرته التبرع بالمنفعة ولا يرد عليه دخول السكنى والعمرى والرقبى
والحبس والوصية بالمنفعة فانها ان افادت ملكية المنفعة كانت خارجة عن العارية بقيد
الاباحة وان لم تفد الملكية لم يقدح دخولها في التعريف لكونها من افراد المعرف وان كان
لازمة كما يظهر من الفاضل الشارح لمعلومية مباينة السكنى وما بعدها للعارية
وعدم صدق العارية عليها اصلا وان افادت فائدتها في اباحة التصرف فانه مجرد الشركة
في بعض الخواص لا يوجب اتحاده بل لانه ليس المراد من التعريف المذكور سوى التمييز في الجملة
على التعاريف اللغوية فلا يقدح صدقه على غير العارية من السكنى ونحوها التحقق المباينة
بينها بنفس الصيغة والعقد او بمجرد القصد على نحو مباينة الصلح للبيع والاجارة حيث
يتعلق بالمنفعة وما حاوله الفاضل الشارح من امكان الاحتراز عن العقود الملازمة
تلك المشار اليها باخذ قيد الجواز في تعريف العارية نظرا الى ان شاعدا هامن العقود
اللازمة فتلك يحتاج الى التوجيه باخراج السكنى المطلقة بناء على انها جائزة كا
العارية **قوله** ويشترط كون المعير كاملا جائز التصرف ويجوز اعارة الصبي باذن
الولي اي يعتبر فيه ان لا يكون محجورا عليه في تصرفاته المالية او مطلقا سواء كان سبب
الحجر فقد الكمال وهو البلوغ والعقل او غيره كالسفه والفلس وهو مما لا اشكال فيه

مع انتفاء اذن الولي اما مع اذنه فيصح اعارة غير الصبي والمجنون من غير اشكال واما اعارة
ما الوجه فيه هنا مع اذن الولي وبدونه لما تقرر من الغاء معاملتهما شرعا قولا وفعلا
الا ما قام الدليل على اعتباره كوصية الصبي وقبول قوله في الهدية ودخول الدار ونحو ذلك الا
ان المتن وغيره من الاصحاب جوزوا صحة اعارة الصبي باذن الولي مع قيام المصلحة فان اراد
وصحة تولي الصبي عقد العارية او معاطاتها فهو مما قد اجمع عليه من الغاء عبارات الصبي
وافعاله في جميع المعاملات ولا دليل على استثناء خصوص العارية عقدا من بينها الا ان يدعى
الاجماع عليه في المقام واني لم يثبت وان اراد من صحة العارية ترتب اباحة التصرف لو علم
اذن الولي او ان العبرة في الحقيقة هو الولي والصبي آلة للايصال ويكتفي في عقد العارية بالاذن
لعدم انحصار الفاظه بل افاده كل ما يدل على الرضا كان عقدا فله وجه سيما مع المسامحة في اعتبار ما هنا
بين الايجاب والقبول مطلقا واذا كان القبول فعلا الا انه خلاف ظاهر الاصحاب الحاكمين باستثناء
اعارة الصبي مع اذن الولي من شرطية الكمال وجواز التصرف وان ظاهرهم اختصاص العارية
بصحتها خاصة من الصبي ولذا قد قيده بعضهم بالمميز ولو كانت الصحة من حيث كون الصبي آلة
والمعير هو الولي لم يكن فرق بين المميز وغيره بل ولا بين الصبي والمجنون بل ولا اذن الولي وغيره حيث
ما اذن الغير باعارة مال نفسه وهو خلاف ظاهر المحدث العبارات المقتضية على استثناء الصبي خاصة
فلابد به وكما يعتبر الكمال في المعير فكذا يعتبر في المستعير فلو اعارهما لم يصح ولا ضمان عليهما
مع العلم وفي الجهل مامر في الوديعة ويعتبر في المعار ان يكون مالكا فلا تصح اعارة غير الاعيان المملوكة
المالك ومن يحكمهم بحكم ويعتبر تعيين المستعير فلو اعار احد الشخصين لم يصح ولو اعارهما
صح ولو كان عدد المستعير غير منحصر بان يقول اعرته كل رجل لم يصح وكذا لو قال ايهما جاء
او اي واحد لعدم تحقق العقدية وما يحكمها من المعاطاة نعم اذن كان خلافا لما حكى عن التذكرة
تجويز ذلك بناء على ان العارية من قسم الاباحة الصالحة لذلك وغير ما عرفت **قوله** وكون
العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها لا خلاف في اشتراط ذلك لكونه المفهوم من معنى
العارية

العارية لغة وعرفا وشرعا فلو اعاره ما لا يمكن الانتفاع به الا باتلافه كالطعام والشراب والشمع
لم يصح اعارة ويمنع الانتفاع به مع فصل العارية جهلا وشرعا وفي ضمانه وجهان من انه
146 عارية فاسدة وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ومن عدم صدق العارية على مثله وانتفاء الاذن
الا في مثل قوله اعرتكه وهو فاسد فيفسد ما تضمنه ويتنزل الايجاب بلفظ العارية على مطلق الاذن
والاباحة حملا لفعله على الصحيح غير مجد فان الحمل على الصحة لا يعارض ظاهر اللفظ المقتضي للفساد
الا ان يقتل الى الفظاعة قرينة على ارادة الاباحة والاذن منها مطلقا وكما يشترط بقاء العين مع الانتفاع
بها فكذا يشترط لكون منفعتها مجردة لا عينا فلو اعاره ما تكون منفعته عينية كاعارة الشجر
لاتلاف ثمرة والحمام لاتلاف مائه والحيوان لاتلاف نتاجه وصوفه ولبنه لم يصح وان صح او نحو
في مثله اقتصارا على المتيقن المتبادر من لفظها عدا المنحة الذي هي اعارة الشاة خاصة
للحلب فقد نقل العلامة وغيره الاجماع عليه على جوازها واستدل بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال
العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم وفي السند ضعف لكونه من طرق
العامة وفي الدلالة قصورا لعدم الحمل على العارية ومقتضاه المغايرة فلعلها قسم من الاباحة فما
لعله في جوازها الاجماع على انه ابحاثي العارية لا نه والا فيمكن انعقاده على اصل الجواز
والاباحة وان لم يكن عارية حقيقة ولعل السر في استثناء المنحة خاصة على هذا التقدير هو
تجدد لبنها وحدوث ملكيته بعد الاباحة فينبغي تعلقها بها لولا الاجماع على الجواز فيتم
وكيفما كان فينبغي الاقتصار على خصوص الشاة لمنفعة اللبن خاصة دون الصوف ولا يتعدى
الى غير الشاة من ذوات الالبان وعن بعضهم التعدية الى غيرها وغير اللبن بل من الغنم الى الوجه
على من منح غيره بقرة او ناقة او شاة لينتفع بلبنها مدة اذا قصد بها وجه الله تم فلا دخل
ذلك في الهبة المعوضة بالقربة وغيرها ما اشرنا اليه وعدم امكان هبة اللبن المتجدد وانا قلنا
فينبغي عدم تعلق الاباحة به لانه لو اباح المالك تصرفه وصح فلا وضمن الشاة
وغيرها في جواز الانتفاع الآن يكون الشاة بحكم العارية في عدم الضمان للاجماع المدعى

والخبر المعتضد بفهم الاصحاب وبدعوى سبيل الحاجة الى المحذور وبما ورد في اخبارنا من جواز
ان يعطى بعض بيته سمنا له منه شيئا معلوما او دراهم من كل شاة كذا وكذا وان كان لا دلالة
على ما نحن فيه **قوله** وللمالك الرجوع فيها متى شاء الا في الاعارة من بعد العلم لا خلاف في
جواز رجوع المالك بالعين المعارة متى شاء لكون العارية من العقود الجائزة للاجماع
لانها نوع اباحة واذن فللمبيح الرجوع متى اراد وما استثناه المصنف من اعارة الارض
للدفن بعد العلم فلا ينافي جواز العارية فان الممنوع هو اخذ العين وردها فانه يفضي
على نبش القبر وهتك حرمة المؤمن وذلك لا يقتضي صيرورة العقد ولذا لو طالب الاجرة بعد
عقد لم يكن له الا انه لزم باخراج الميت بعد دفنه مع ان الاباحة ليست من العقود ولا
تتصف باللزوم لو وجد استيجار الارض للدفن فانفق فسخ الاجارة بعده يتقابل او بسبب
آخر لم يكن تفريغ الارض مع انه لا عقد بينهما وبالجملة ذهاب الاذن المالكية لا يقتضي ذهاب
الاذن الشرعية فلا يلزم من فسخ العارية تحتم رد العين والتسلط على اخذها في جميع
الاحوال ربما منع من ذلك مانع شرعي او عقلي ولعل مراد المصنف الاستثناء من التسلط
على الرجوع بالعين كما هو ظاهر العبارة لا من جواز فسخ عقد العارية وبطلان الفائدة فيما
لو فسخ العقد بعد العلم فاخرجه السيل او نبشه نابش فانه يجوز اعادته الى القبر بناء
على لزوم العقد بالدفن اذ لا اثر للفسخ وعلى الجواز لا يجوز لانفساخ العقد بفسخه بل يجب
رد الارض الى مالكها فورا من غير مطالبة لصيرورتها امانة شرعية لا مانع من ردها
وبفهم من تقييد المصنف المنع مع بعد العلم جواز الرجوع قبله وان كان بعد الوضع في القبر
وذلك اذ لا نبش ولا هتك حرمة مع من تعارض حق المالك والاستئناس للمنع ايضا بعوض
الكفن لو اصابته نجاسة بعد وضع الميت في قبره ان تعذر غسلها قرض وما قيل من تحريم
اخراجه وقد قرض في محل آخر لا يكفي في اثبات المنع فلو امن للعبرة بالاخراج بعد الوضع وجب
ولا يجب على ولي الميت الحفر ثانيا لو رجع بعد الحفر الا ان يتعذر عليه غيره لا يكون عوضا بدين

موثر

١٤٧

جواز
موثر الحفر فانه المؤنة من مال الميت ومما ذكرناه يظهر الحال في بطلان جملة مما استثنى من
العارية لانه ضرر على المستعير او مفاد منه حق كعارية لوح يرقع به السفينة في لجة البحر
المستلزم رجوعه عدم الضرر على المستعير بتلف النفس او المال وعارية الحائط لوضع الخشبة
عليه المثبت طرفها الآخر في ملك المستعير لاستلزام الرجوع بالحائط الضرر على المستعير بنقض
خشبته ونقض بنائه وعارية الارض للزرع او الغرس او البناء فيها مدة معلومة فان الرجوع
بها مستلزم الضرر المستعير بقلع زرعه وغرسه وبنائه وعارية الرهن لعدم صحة الرجوع لحق
المرتهن لما عرفت من عدم المنافاة بين العقد على الجواز وتحقق الانفساخ وبين رد العين على
مالكها وتسلطه على اخذها لمانع خارجي من ضرر منفي او حق متعلق للغير بدون المالك فلا
قيل في عارية اللوح بجواز فسخ العقد وعدم وجوب المبادرة للتسليم لمكان الضرر واحتمل وجوب
تسليم المثل او القيمة لمكان الحيلولة دفعا لضرر المالك وهو بعيد فان الحيلولة هنا مستندة
الى فعل المالك ايضا عارية على هذا الوجه فتم لما ان المعروف في اعارة الارض للزرع والغرس او
البناء جواز فسخها ولزوم اجابة المالك الى ازالة الزرع والغرس والبناء بعد دفع الارش
بل لم يحك الخلاف في ذلك الا عن ابن الجنيد والشيخ في ما حكم بلزوم الاجابة لو استعار
الارض لذلك مدة قبل انقضاء المدة الا الشيخ في ومن الاعادة للغرس خاصة وفي الخلاف عن
عدم وجوب الاجابة استنادا الى ان المستعير ليس ظالما في غرسه فلحقه لا ضرر ولا ضرار وبه
في المقام بالنسبة الجامع الكن المتجه تقديم حق المعير لامكان دفع الضرر عن المستعير بدفع
الارش اليه وان امكن دفع ضرر المعير ببذل الاجرة او قيمة الارض الا انه لا قائل هنا بان كان
المعاوضة القهرية وانما يصح ذلك مع التراضي لا بدونه على نحو ما يبذل المعير قيمة المستعير
للغرس فانه لا يلزم الا مع تراضيهما بخلاف الارش فانه يجاب لا لحق المستعير من الضرر بفسخ
العارية بل استشكل بعضهم في لزوم الارش ايضا للاصل ولان المستعير هو الذي ادخل الضرر
على نفسه اذ قدم على العارية التي يجوز فسخها في كل وقت لكنه لا خلاف على الظاهر في لزوم

الارش لما عرفت لا نقطاع الاصل بقاعدة الضرر ومنع ان الاقدام على العارية اقدام على الضرر
وانما لزوم فقد مر الكلام فيه في باب الرهن بما لا مزيد عليه **قوله** وهي امانة في يد المستعير
لا تضمن الا بالتعدي او التفريط او غيرهما مما سيجيء استثناؤه في العبارة ولا ريب في ضمانها بالنسبة
للتعدي او التفريط او غيرهما لكونه حكم سائر الامانات من غير فرق بين تلفها بنفس التعدي
او التفريط او بغيرهما بعد تحققها لصيرورة العين مضمونة بسبب وقوعهما وان زال السبب
بعد ذلك فلا اشكال له في ضمان العين اما المنفعة فلا يضمنها المستعير الا اذا ادى التصرف
التعدي زائدا على المأذون فيه بان تكون اعارة الركوب الى مسافة فتجاوزها ولو لم يتحقق
وزاد عليه فيضمن الزيادة قطعا وفي ضمانه لجميع المنفعة باعتبار انضمام الزيادة اليها
وحصول المغايرة بينها بين المنفعة المأذون فيها وبينها فيكون نظير ما لو اذن بالركوب
على الدابة فحملها عليها او بالحمل فركب وجهان اظهرهما عدم الضمان لغير الزيادة
لعدم انفساخ عقد العارية بالتعدي وعدم تحقق المغايرة بمجرد الزيادة عليها واحتمال
الضمان لزيادة المسافة المأذون فيها مع الامانة او تجاوز المسافة بعيد جدا كاحتمال الضمان
للعقد وفسخ التعدي بقبض العارية من حين العقد والا فلا **قوله** فاذا استعار ارضا
غرس او زرع او بنى ولو عين جهة لم يتجاوزها العين المستعارة ان اتحدت منفعتها فلا
اشكال وان تعددت فان كان لها منفعة ظاهرة انصرف اطلاق العارية اليها والا فان عمم
المنافع جاز الانتفاع بجميع منافعها تساوت بالضرر او تفاوتت وكذا مع الاطلاق على
الاظهر فلو اعاره ارضا صالحة للغرس والزرع والبناء تخير بينها ولو الجمع مع الامكان ويحتمل
الاقتصار على ما هو اقل ضررا لاجمال المنفعة كما يحتمل المنع من التصرف الا بعد البيان ولو
عين المعير منفعة لم يجز التخطي الى غيرها ولو الى المساوي والاقل ضررا وهو اختيار المحقق
والمصنف والعلامة في ظ الارشاد والفاضل الشارح وغيرهم وعن ط والسرائر والغنية جواز
التخطي الى ما هو اقل ضررا بل عن الاول نفي الخلاف فيه عنه واختاره في التذكرة و

القواعد

١٤٨

القواعد جواز التخطي الى المساوي ايضا بل نسب الى ظ التذكرة الاجماع عليه والاظهر الاول عملا
بمقتضى التعيين واقتصارا على المأذون فيه ودعوى فهم الاولوية بالاولى في الاقل ضررا في حين المنع مع
احتمال الغرض في المأذون فيه بل ومع القطع بانتفاء الغرض ايضا حيث لا تشهد القرائن بان
المراد من التعيين تقدير المنفعة بالمعين فان مجرد الاذن بمنفعة مع عدم حظر غيرها ما بال
لا يصير الغير مأذونا فيه وان كان اقل ضررا ولم يكن له غرض بالمأذون فالتخطي الى مثله من باب
الاولوية لا من فهمها من الخطاب اما لو علم ولو من القرينة ان غرضه من التعيين ذكر المنفعة لتقدير
المأذون فيه من الانتفاع لا لخصوص المنفعة جاز التخطي الى المساوي ايضا فضلا من الاقل لفهم
المثالية والتعميم من الاذن فما في الروضة من انه لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطي
في الاقل دون المساوي غير متجه لان مجرد العلم بانتفاء الغرض من المعين لا يصير غير المعين مأذونا
فيه ما لم يكن الانتفاع به من غير اذنه فلو فهم ارادة ما ذكرناه من التقدير بمجرد القطع بانتفاء
الغرض لم يكن فرق بين المساوي والاقل وحيث يتعين المعين فيتعدى الى غيره ضمن العين
واجرة المنفعة باسرها ان لم يكن ما ذكرنا المأذون داخلا في ضمنها بان اذن له في الركوب فحمله
او في السير الى جهة فسار الى غيرها اما لو دخل المأذون في المنفعة كما لو اذن له في الركوب فارد
خلفه او في السير الى جهة فجاوزها فقد ضمان تمام اجرة المنفعة او التقسيط فيسقط منها
ما قابل المأذون فيه وجهان اظهرهما الثاني **قوله** ويجوز له بيع غرسه وبنائه على غير المالك
لا خلاف في ان للمستعير بيع غرسه وبنائه على معير الارض كما لا اشكال في العكس وانما
الخلاف في جواز بيع المستعير غرسه وبنائه على غير مالك الارض فالمشهور الجواز لانه مالك
غير ممنوع من التصرف فيه فله بيعه ممن شاء وعن الشيخ في ط المنع من الجواز كما هو المحكي
عن احد وجهي الشافعية وعلل المنع تارة بعدم استقرار الملك لاحتمال قلع المعير له او
البناء واخرى بعدم القدرة على التسليم اذ لا يجوز للمستعير الدخول في الارض لغير السقي واصلاح
انما فضلا عن المشتري من المستعير لكونه اجنبيا لا يقدر على الانتفاع المستلزم للتصرف في

العين بغير اذنه وضعف التعليل الاول ظ فان احتمال التلف لا يخرجه عن المالية المسوغة للبيع
ولذا جاز بيع الحيوان المشرف على التلف والعبد المستحق القتل قصاصا بل ما هو جناية وان كان الجواد
لبقائه على المالية ثابتا ومقطوعا بها وان قلع المعير له لا يكون الا بضمانه الارش وكذا التعليل
الثاني فان التسليم في مثله التخلية والانتفاع ممكن فيه باستيذان المعير والاستيجار منه
بل فلا يتم ما يقدح على الاذن لعضاً فلعله عقد العارية باستحقاق الدخول والاجال
بعود سد وابقيته كما يستحق الدخول لسقيها من غير خلاف ولا اشكال وان خالف الشيخ في
جواز الدخول لغير السقي ونحوه لكن الجواز وح فاذا باع المستعير ما ملكه من البناء والغرس
فقد انتقل الى المشتري على نحو ما كان للبايع وان كان لم يكن مستعيرا المشتري للارض ولا
احتياج الى تجديد الاذن من المعير وكيفما كان فلا مانع من صحة البيع على كل تقدير نعم ان
كان المشتري جاهلا بالحال تسلط على الفسخ بالعيب ولو باع المعير والمستعير الارض وما
فيها معا وقسط الثمن عليهما فتقوم الارض مشغولة بغرس او بناء مستحق القلع بالارش
والابقاء بالاجرة او التالف بالتراضي ويقوم الغرس والبناء في ارض مستعارة صالحا
للقطع والابقاء على نحو ما ذكر ويقسط احدى القيمتين الى الاخرى فيوزع الثمن عليهما
بتلك النسبة **قوله** ولو نقصت العين بالاستعمال لم يضمن المستعير كما لا يضمن العين العارية
بنقصها او تلفها بغير مباشرة المستعير واستعماله فكذا لو استعملها حتى نقصت او تلفت من غير
تعد بالاستعمال والقلم عدم ضمان نقصها مما لا خلاف فيه لاستناده الى فعل ما اذن فيه
من قبل المالك من غير اشتراط ضمان فلا يتعقبه الضمان واما عدم ضمان تلفها به فقد استشكله
العلامة وغيره بل حكى الفاضل الشارح قولا بضمانها به وموضع الاشكال ما اذا اطلق
عقد العارية من غير تعميم ولا تخصيص موجب الاذن بالاستعمال المتلف والاجار وجب
الضمان مع خروجه عن الاذن بل ربما مع الاطلاق فقد يشكل في تناول الاذن للاستعمال المتلف
للعين نظرا الى ان الغالب في العارية استعمالها على غير وجه الاتلاف والاطلاق

منزل على المتعارف من الاستعمال فلو اعاره الثوب ليلبسه كان اذنا منه في لبسه في الجملة ولمنا
وابدا بحيث يؤدي الى امحاق الثوب لانه فرد بل فلا شك في انصراف اللبس المؤدي الى
النقصان الكثير المقارب للاتلاف وح فالضمان متجه للقطع بعدم الاذن او الشك فيها فلعله
لذلك انتصر المصنف في عدم تضمين المستعير بصورة النقصان وان لم يتعرض للاستعمال المتلف
اما الحكم بالضمان به او لتوقفه فيه ولا مستند للحكم بعدم الضمان مع التلف سوى ما علل به
ذلك النقصان من الاستناد الى فعل ما اذن فيه من المالك فلا ضمان وهو كما ترى ولعل
حكم الاكثر بعدم ضمان التلف حيث يكون الاستعمال المتلف معلوما فيه بالاذن فيه عموما
او خصوصا او اطلاقا مع دخوله عند على وفق المتعارف كما لو ركب الدابة فاتفق تلفها بالعثرة
ونحوها او لبس الثوب وهو مما يحفظ اللبس في الجملة ونحو ذلك فان الوجه في مثله عدم الضمان
لو دخوله تحت الاطلاق وح فلا ينافي ما حكم به بعضهم من الضمان حيث يكون الاستعمال المتلف
مشكوك التناول لكثرته ومخالفته للمتعارف من استعمال العارية ويعود النزاع لفظيا
فتم **قوله** ويضمن العارية بشرط الضمان الاصل في العارية عدم الضمان لكونها امانة
لا تضمن بدون التعدي والتفريط كالوديعة الا مع اشتراط المعير التضمين فيضمنها المستعير
للاجماع والنصوص الخاصة بوجوب الوفاء بالشرط عموما وخصوصا كقول الصادق ع
اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه الا ان يكون اشترط عليه وغيره من الاخبار ولا
ينافي التصريح بالعارية اشتراط الضمان فان متعلق الشرط هو العين والتصريح بالتعمد
ولم يشترط ضمانها وح فاشترط المعير ضمان العين مع تلف الكل ضمنها عند تلف الكل لا
وان شرط ضمانها كلا او بعضا ضمنها كذلك ولو اطلق فالظ ضمان الكل والاجزاء اذا تلفت
ولا فرق بين التلف كلا او بعضا بسبب الاستعمال وبدونه على الاظهر فلو اعاره دابة للركوب
فاتفق بعثرة ونحوها ضمنها وكذا لو كان ركوبه في تلك الحال في التضمين مع الشرط المتفق
الى تلفها وكذا لو تعيبت بالركوب لاقدام المستعير على الضمان الذي لا ينافيه الشرع با

خلافا للمحكي عن ط وتبعه الشرايع مع عدم ضمان النقصان الحادث بالاستعمال وان
اشترط الضمان وكانه تخيل مع عدم ضمانه انه داخل في اطلاق الضمان وفيه منع حيث
يؤدي الاستعمال الى تلف بعض الاجزاء العينية نعم لو ادى الى تفويت بعض الصفات
كالثوب الذي يعرض بالابتلاء بعدم عدم الضمان لعدم انه داخل مثله في اطلاق اشتراط
الضمان ولان الذاهب من ذلك ما ذون في اذهابه بمجرى العادة ولعله مراد الشيخ والمحقق
من العيوب بما يظهر من بعضهم من ان تلف العين كلا بالاستعمال غير مضمون مع اشتراط الضمان
وهو لا شبهة في ان الضمان المفهوم عرفا دخول مثله في اطلاق الاشتراط كما يقتضيه ظاهر الاطلاق
الاخبار ولذا لم يتعرض الشيخ والمحقق لغير صورة النقصان **قوله** ويكون ذهبا او فضة
لا خلاف في ضمان عارية الذهب والفضة في الجملة مع اشتراط الضمان وبدونه مع
التعدي والتفريط وبدونهما انما الكلام في عموم الضمان لما عدا النقدين الدرهم و
الدينار المسكوكين بسكة المعاملة او اختصاصه بهما الاشهر في كلمات ثم ثبوت الضمان
فيما عدا النقدين ايضا من الحلي المتخذة للزينة وغيره عملا باطلاق صحيح زرارة عن الصادق ع
قال جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا
ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه وكذا جميع ما استعرته فاشترطت عليك لزمك
والذهب والفضة لازم عليك لك وان لم يشترط عليك ونحوه خبر اسحق بن عمار عنه ع
فان الاطلاق الذهب والفضة فيهما كالاطلاق في العبارة وغيرها من عبارات الاصحاب مثال
لسائر الانواع وخص جماعة منهم في المختلف والتنقيح بالنقدين الدرهم والدينار ولعله ظ
المحكي عن المقنعة والمراسم والكافي وغيرها مما عبر بالعين والورق فان كلا المحكي
عن الصحاح تفسير العين بما ضرب من الدينار والورق بما ضرب من الدراهم كما هو المتبادر عرفا
ومن عبر بالنقد كما عن التبصرة والوسيلة لظهور النقد في المسكوك وانهما اطلاق كالاطلاق
العين والورق على غير المسكوك شايعا ايضا بما دل على اختصاصهما بالضمان كصحيح ابن

سنان عن الصادق ع قال لا تضمن العارية الا ان يكون قد اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها
مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا ونحوه صحيح ابن مسكان وخبر عبد الملك بن عمرو عنه ع قال ليس على
صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط او لم يشترط وهذا
القول وان كان هو الاوفق بمقتضى الجمع بين الاخبار ومن جهات المعارضة بينها في الحكم الايجابي
وحمل الضمان انما هو على وجه الاطلاق والتقييد والمعلوم لزوم رد المطلق الى المقيد والتنافي
المعتبر في حمل المطلق على المقيد يتحقق في المقام اذ لا يعتبر فيه انه بد من العلم باتحاد المراد كما
تقرر في محله وهو حاصل اذ من المعلوم ان المخرج من عموم نفي الضمان عن العارية منجه
فيه اما مطلق الذهب والفضة فيكون التنصيص على الدرهم والدينار الذي هما من افراد
الذهب والفضة للتاكيد او لخفاء الفردية ونحو ذلك او خصوص الدرهم والدينار ويكون ذكر
الذهب والفضة منزلا عليهما ولا شبهة في اولوية الثاني من حيث مراتب الالفاظ الشرعي
التجوز بالمطلق وارادة المقيد وللفهم العرفي على ما ذكرة في محله لكن المتجه هنا العمل باطلاق
ورد المقيد اليه للشهرة العظيمة بين الاصحاب والاجماع المحكي عنه عن الغنية على الاطلاق
ولموافقته لعموم اليد مع الشك في شمول نفي الضمان عن العارية والامانة لمثله ولان
من نفي الدرهم والدينار انما هو من حيث كونهما ذهبا وفضة لا من حيث السكة التي
تدور الاعارة معها فلو حمل اطلاق الذهب على الدرهم والفضة على المسكوك وكان منزلا على
اندر الافراد مع ان السكة لا مدخلية لها بالتضمين ولذا لا يضمن المسكوك من الصفر
والنحاس ونحو ذلك هذا وربما قيل بانه لا منافاة بين استثناء الذهب والفضة
استثناء الدراهم والدنانير بل هي مخصصات متعددة من عام متحد لا يقيد خصصتها
بعضها من بعض وجميع المخصصات متحدة في الحكم الايجابي الذي هو الضمان فلا يحمل
على بعض لعدم التنافي بينها فكما لا تنافي بين ما دل على استثناء الدنانير وما دل
على استثناء الدراهم لتعدد الاخراج فكذا لا تنافي بين ما دل على استثنائهما وما

دل على استثناء الذهب والفضة الذي هو اخص منهما وان ما نحن فيه من قبيل ان يقول اكرم الرجال ثم يقول لا تكرم زيدا واخرى لا تكرم عمروا وثالثا لا تكرم الجهال مع فرض ان يكون زيدا وعمروا من افراد الجهال فان المفهوم عرفا ارادة اخراج الجهال من الحكم الاول ولكن نص على زيد وعمرو للتاكيد ونحوه وهذا الكلام منظور فيه وان اهتم بعض فضلاء العصر ربما اخرنا البدء من منع نقد المخصصات في المقام بل الخارج انما الذهب والفضة والتنصيص على اولها للتاكيد ونحوه لابتنا فيه او خصوص الدرهم والدينار ليكون اطلاق الذهب والفضة منزلا على حملها وعلى كل تقدير فالتنافي بين من حيث الاطلاق والتقييد بينهما متحقق ولا يجري ذلك مجرى اخراج الدرهم والدينار المتغايرين بدبغير لعلوميته تعدد الاخراج والتخصيص في مثلهما والتنظير بمثال اكرم الرجال الى آخر ما قال واضح الفساد لانه من باب العام والخاص الذي يعتبر فيه التنافي بحسب الحكم ولا منافاة بين قوله لا تكرم الجهال لا تكرم زيدا او عمروا اذا كانا من افراد الجهال كما لو قال اكرم الرجال اكرم زيدا بخلاف ما نحن فيه فانه من المطلق والمقيد الذي لا يعتبر في حملها سوى المنافاة من حيث الاطلاق والتقييد ويحد مع اتحاد الحكم فالتفسير بما ذكره غريب واغرب منه ما وجد بخط صاحب الكفاية وتبعه في الرياض معالم الغرر وموافقة المقتصرين على نفي الدرهم والدينار من ان التعارض بين النصوص المشار اليها تعارض العموم من وجه لكون التعارض بين المستثنى منه في خبر الدراهم والدنانير وحاصله لا ضمان في غيرهما وبين المستثنى في خبر الذهب والفضة الحاكم بضمانهما والنسبة بينهما العموم من وجه فان خصصنا الاول بالثاني كان حاصله لا ضمان في غير الدراهم والدنانير الا ان يكون ذهبا وفضة وان خصصنا الثاني بالاول كان حاصله الذهب والفضة مضمونان الا ان يكون غير الدراهم والدنانير فالامر المشترك بين الحكمين ثابت في حصول الضمان في الدراهم والدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكم من عموم الاخبار النافية للضمان مطلقا ويبقى العموم في غير ذلك سالما عن المعارض فيرجع اليه بعد فقد المرجح لاحد

١٥١

العومين وهو كما ترى فانه لا يوافق مفاهيم الالفاظ اذ ليس قوله لا ضمان في غير الدراهم والدنانير وهو المستثنى منه في خبر عبد الملك وابن سنان وانما المستثنى منه فيهما لا ضمان في العارية والبس بينه وبين ما دل على ضمان الذهب والفضة سوى العموم المطلق **تنبيه** ظاهر اقتصار المصنف على ضمان العارية المشروط ضمانها وعارية الذهب والفضة عدم ضمان غيرهما وقد سلف ضمان العارية للرهن بناء على اندراجها في العارية وحكي عن ابن الجنيد ضمان عارية الحيوان لخبر وهب ان علياً كان يقول من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن والحق عدم ضمانها للاصل وعموم الاخبار الدالة بنفي الضمان عن الامانة والعارية وضعف الخبر المذكور عن التخصيص وعد بعضهم اعارة مال الغير فانه مضمون على المعير والمستعير لان مال الغير مضمون على قابضه واستعارة المحرم الصيد من محل او محرم بناء على وجوب ارساله وغرامته حينئذ للمالك وقد يناقش في جعله من المضمون لعدم صحة العارية هنا وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده الا ان يدعى اختصاص هذه القاعدة بصورة التلف فلا يعم صورة الاتلاف بالارسال بل ينبغي الرجوع الى قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن لكن الاختصاص للضمان على هذا التقدير باعارة الصيد للمحرم بل نقض العارية بالاتلاف مطلقا لكونه تعديا بانحطاط كونه لم يعد تعديا في الصيد من حيث الامر بارساله وانتفاء الاثم في حيز المنع لامكان القول بوجوب رده الى مالكه او جواز ارساله مع ضمانه للمالك فقد يجمع من ابراء ما لم يجب ولعله الاظهر **قوله** ولو ادعى التلف حلف ولو ادعى الرد حلف المالك اذا ادعى المستعير تلف العين المعارة فالحق بالقول قوله بيمينه كما سلف في الوديعة سواء ادعاه بامر ظاهر او خفي لكونه امينا فلو لم يقبل قوله لزم تخليده بالحبس وكذا لو جحد العارية او جحد التعدي والتفريط فيهما للاصل خلافا لما يحكى عن ظاهر المفيد وسلار من تقديم قول المالك في دعوى التفريط وهو غريب ولو ادعى التلف بعد جحوده العارية لم يقبل قوله في التلف وان ادعى وقوعه قبل الجحود لخروجه عن الاستئمان ونحوه بجحوده الا انه يقبل بجحوده

ناويلا وتنبها لابيا في الاستيمان اما لو ادعى الرد فالمعروف عدم قبول قوله فيه بل ظاهرهم فيه عدم الخلاف فيه لعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر وربما احتمل قبول قوله في الرد كالوديعة لانه امين فيصدق قوله في الرد كما يصدق في التلف للنهي عن اتهام الامين وفيه ما يرد وهو ضعيف نعم لو جعله المالك وكيلا في الرد فادعى رد العارية وقبضها عن المالك صدق لان الوكيل مصدق فيما وكل فيه **قوله** وللمستعير الاستظلال بالشجر وكذا المعير قد حكى الاصحاب هذا الحكم للمعير واقتصر المحقق في الشرائع على ذكره للمستعير وجمع المصنف بينهما وهو اجود وكانه علية في ذلك هذا الحكم بجواز الاستظلال بالشجر المغروس في الارض المستعارة المعارة للغرس عن خال عن الاشكال في كل من المعير والمستعير اما بالنسبة الى الاول فلان انتفاع المعير بالاستظلال انتفاع وتصرف في مال الغير بغير اذنه كالانتفاع بالبناء من صرفته ونحوها في الارض المذكورة فينبغي المنع لان الاصحاب هنا حكموا بالكل بالجواز نظرا الى انه مالك الارض فله الدخول اليها والانتفاع بها وان حصل له الانتفاع بغير ملكه كما لو كان في داره واستظل بحائط الغير واستجاره لا يعد مثله تصرفا بالغرس ولا بالحائط وانما هو تصرف في ملكه ولا يجري ذلك مجرى الانتفاع بنفس الستف لانه التصرف في كل شيء بحسبه ولذا لم يتعرض الاصحاب هنا لحكم البناء في الارض المعارة المعلوم منه انه من التصرف بمال الغير عرفا بخلاف الاستظلال بالاشجار وقد مر في كتاب الصلاة ان الحق بطلانها لكون تحت البناء المغصوب والخيمة ونحو ذلك وما توهمه بعضهم من ان ذلك انتفاع مقارن للصلاة لا تضر في صلاتي واضح الضعف فان الكون تحت السقف والخيمة المغصوبين محرم قطعا وان كان في حال اومباح فلا يعقل جعله من اكوان الصلاة بخلاف الاستظلال بظل الاشجار والجدار فانه كالاستضاءة بنار الغير لا يعد من التصرف وان حصل الانتفاع واما بالنسبة الى الثاني فلا استلزامه التصرف بارض الغير بغير اذنه لدخول الاذن له بالغرس لا يستلزم الاذن بدخول الارض والانتفاع الا فيما هو من توابع العارية ولوازمها العرفية كالدخول لسقي

١٥٢

الزرع واصلاحه واصلاح البناء فانه لو فرض ذلك منافي عقد العارية حتى لو نهاه عن الدخول لم يحرم دفعا للضرر واما الدخول لغير السقي والاصلاح فلم يثبت انه من توابع العارية ولوازمها ولذا يحكى عن هذا المنع من الدخول للاستظلال او قطع جماعة منهم الفاضل الشارح بالمنع من الدخول لغير غرض متعلق بالاشجار كالتفرج ونحوه الا ان دخوله للاستظلال كما حكم به المصنف متجه بل لعله المستفاد من عدم تعرض الاكثر له مع تعرضهم للحكم في المعير معلوميته الجواز في المستعير اقتضاء العادة به فللمستعير الانتفاع بكل ما جوزت العادة وموضع الحكم هنا انما يثبت العارية اما مع منعها فالحكم في المعير له الدخول الا لاصلاح الغرس بل عن بعضهم التأويل في جوازه ايضا من غير استئذان وربما حمل كلام الاصحاب المنع على الحكم في المعير دون المستعير على هذا التقدير وهو خلاف الظاهر **قوله** ولا يجوز للمستعير اعارة العين الا باذن المالك هذا الحكم مما لا خلاف فيه بين الاصحاب انما يحكى الجواز عن بعض المخالفين قياسا للاعارة على الاجارة مع وجود الفارق بينهما فان الاجارة تمليك منفعة فله نقلها واباحتها للغير بخلاف الاعارة فانها اباحة فلا يتناول غير من اذن له نعم يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه او وكيله لكن لا يعد ذلك اعارة لعود المنفعة اليه ولو اذن له في اعارة الغير صح فان نص المالك على اعارته بحسب النيابة عن المالك فلا اشكال اذ يكون المستعير وكيلا عنه في عقد الاعارة فلا يبطل بموته وجنونه ونحو ذلك وكذا لو نص على اعارته عن نفسه واحتمال المنع من حيث اشتراط كون المعير مالكا للعين ضعيف بل نفي اعارة المالك ومن حكمه متى اذن له في الاعارة لان الاعارة من جملة منافع العين التي يعتد لعقد العارية مع الاذن لا مع الاطلاق وان اطلق الاذن بالاعارة ففي انصرافها الى النيابة او الى الاعارة عن نفسه وجهان اظهرهما الثاني ولو اعار المستعير من غير اذن كان حكم الغاصب المعير للعين المغصوبة فان كان المستعير الثاني عالما بالحال كان غاصبا ضامنا للعين والمنفعة وكان للمالك الرجوع عليه على الثاني بما عرفته في مقابلة

العين والمنفعة لاستقرار الضمان على الثاني بحصول التلف عنده وان كان جاهلا ولم تكن
العين المعارة مضمونة عليه فالمشهور تخيير المالك على ايهما شاء ولا يمنع جهله من ذلك علا
بقاعدة اليد والاتلاف والموسل عن الصادق قال اذا استعير عارية بغير اذن صاحبها فانه
ضامن ونقل المحقق في الشرايع اختصاص الضمان بالغاصب الاول فليس للمالك الرجوع على
المستعير الجاهل بل يختص الضمان بالغاصب العالم اما لقوة الحاكم السبب وضعف المباشرة
بالجهل والغرور فلا يتسبب الاتلاف الا الى الاول اولانه قبض الجاهل بعنوان العارية وان كانت
فاسدة فانه ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ولعموم ما دل على ضمان المستعير العارية لانها
اسم للانم من الصحيح الفاسد وفي الجميع نظر اما الاول فلان الضمان هنا ضمان يد لا اتلاف فلا
مدخلية للقوة والضعف في المباشرة او التسبيب كما هو المعروف بينهم في تضمين الايدي
المتعاقبة على العين المغصوبة لعدم فرقهم في ذلك بين صورتي العلم والجهل واما الثاني
فلمنع جريان قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده في مثل ما نحن فيه والا لاطرد ذلك
في الوكالة والمستعير عالما بالغصبية فقبض العين بعنوان الاعادة بل الظاهر ان قضيته ضمن
مال الغير عادية من المسامحة والمجاز والا فهو داخل في عنوان الغصب من غير فرق بين العلم
والجهل مع انه لا دليل على هذه القاعدة سوى الاجماع المنتفي في المقام فان المشهور ضمان
محكمها القاعدة الايدي المتعاقبة على المغصوب واما الثالث فلان الظاهر من الاحكام المترتبة
من العقود على العارية وغيرها انما ينبغي على الصحيح منها واما الفاسد فهو على حسب
تفصيل الاول فيه واما ما كان جاهلا وكانت العارية مضمونة عليه بالشرط او لكونها
ذهبا وفضة فلا خلاف في تخيير المالك في تضمين ايهما شاء لانتفاء الغرور بالاقدام
على الضمان وح فان رجع المالك على الجاهل رجع على العالم بما غرم للمالك عينا
ومنفعة ان لم تكن العين مضمونة عليه فلا خلاف في تضمينه لقاعدة اليد ولانه ما يضمن
بصحيحه يضمن بفاسده مع انتفاء غروره بالاقدام على الضمان وح فان رجع المالك عليه

١٥٣

لم يرجع على المستعير الاول بما غرمه في مقابلة العين لاقدامه على ضمانها بل يرجع بما غرمه
في مقابلة المنفعة لغروره واقدامه على استيفائها مجانا وان رجع على المستعير الاول له ان يرجع
على الثاني بما غرمه في مقابلة المنفعة لغروره بل يرجع بما غرمه في مقابلة العين خاصة
لاستقرار الضمان على الثاني لتلف العين في يده مع انتفاء غروره لاقدامه على الضمان وجه
ذلك ان شغل الذمة للمالك بالمثل او القيمة مختص بمن تلف العين في يده وان جاز له مطالبة
الاول بذلك وتغريمه المثل او القيمة لمكان اليد فيكون ما يؤديه عوضا شرعيا وهو للمالك
فيه عما من استقر الضمان عليه فيستحق الاول عليه الرجوع على الثاني اذا لم يكن مغرورا
من قبل الاول فتدبر قوله ولو شرط سقوط الضمان في الذهب والفضة صح ولو شرط سقوطه
مع التفريط والتعدي احتمل الجواز كما لو امره بالقاء متاعه في البحر اما سقوط ضمانهما
الذهب والفضة مع اشتراط سقوطه فمما لا خلاف فيه ولا اشكال للاصل وعموم الوفاء بالشرط
والا فتفارق الخروج عن عموم عدم الضمان في العارية على المتيقن الذي لم يشترط فيه
ذلك والنصوص خولفيه في صحيح زرارة المتقدم الا ان يشترط عليه انه من فوى لم يلزمك
تواه واما سقوط ضمان العارية مع اشتراط سقوطه لو حصل تعد او تفريط ففيه وجهان
يلتفتان الى ان رضا المعير بهذا الشرط اذن منه بالتعدي والتفريط فكان في قوة الاذن
بالاتلاف فلا يستعقب الضمان والى ان التعدي والتفريط فكانا في قوة الاذن من اسباب
الضمان فلا يعقل اسقاطه قبل حصوله لانه كالبراءة مما لا يجب ولا شبهة في ان الاول اقوى
لمنع كون التفريط والتعدي تضمين مع الاذن فيهما وانتفاء الاثم بل لا تعدي ولا تفريط على
فرض اشتراط عدم الضمان بهما ولو فرض صدقهما وانتفاء الاذن بهما امكن اشتراط سقوط
الضمان على تقدير حصولهما اذ ليس ذلك رفعا للسببية السبب بالشرط بل اسقاط للحق
المطالبة بموجب السبب فلا ينافي تاخر السبب وحدوثه بعد الاشتراط كما لا ينافي اشتراط
سقوط الخيار وان تجدد سببه بعد حدوث العقد فتدبر قوله ولو قال الراكب اعرتنيها

وقال المالك اجرتكها حلف الراكب وقيل يحلف المالك وهو اقوى ويثبت له اجرة المثل
الا ان تزيد على ما ادعاه للمسمى اذا ادعى المالك اجارة العين والآخر اعارتها وبينا
فان كان قبل استيفاء شيء من المنافع فلا اشكال في تقديم قول المستعير في نفي الاجارة لا
لانفساخ العارية على فرضها بانكار الاول المالك فلم يبق الا عقد الاجارة الذي يدعيه المالك
والمستعير فيكون قوله القول بيمينه مع استيفاء المنفعة في مدة الاجارة المدعاة كلا او بعضا
ففي تقديم قول المستعير لاصالة البراءة مما يدعيه المالك من اشتغال الذمة بالعوض وقول
المالك لاصالة احترام مال المسلم وضمان مال الغير لكون المنافع المالية كالاعيان قولان
الظاهر هنا الثاني ولعله الاشهر الا ان الثابت له ح في ذمة المستعير اجرة المثل لا ما يدعيه المالك
من المسمى بل اقل الامرين منه ومن اجرة المثل لانه على تقدير نقصانه عنها معترف بعدم
استحقاقه الزيادة عليه فلا وجه لاعطائه الزائد وعلى تقدير نقصانها عنه فهي باستحقاقه
الثابت له شرعا بمقتضى اصالة الضمان فيكون بالنظر الى ما يدعيه من الزيادة عليها مدعيا
صرفا ولم يحق اليمين من لك على المستعير فان اسقط حقه من اليمين او حلف المستعير لم يكن للمالك
سوى اجرة المثل وان نكل اوردت اليمين على المالك فحلف ثبت له تمام المسمى وقد ظهر من ذلك
ان ما افاده الفاضل القاسم الشارح وحكاه عن المص في بعض تحقيقاته من القول هنا بالتحالف
بان يحلف المالك على نفي الاعارة ويحلف المستعير على نفي الاجارة ويثبت اقل الامرين من
المسمى واجرة المثل ليس خولا سعايرا لما في الكتاب من تقديم قول المالك الا ان الثابت اقل
الامرين فان ثبوت اقلهما لا يتوقف على حلف المستعير على نفي الاجارة بل يكفي في ثبوته حلف
المالك على نفي الاعارة ولا يمين للمالك على المستعير الا في صورة زيادة المسمى عن اجرة المثل
حيث يحاول تحصيل الزيادة ولو نكول المستعير وهو دعوى اخرى ولا مدخلية لها في اصل
المنازعة بان التسليط على استيفاء المنفعة هو تحصل مجانا او على وجه العوض كما لا يخفى
هذا وقد الملتزم المحقق بعد حكمه بتقديم قول المالك بانه له اجرة المثل ولا شبهة في كونه

١٥٤

منزلا على ما اذا لم يكن المسمى اقل منها فلا ينبغي عده قولا آخر في المسئلة نعم يحكى عن الشيخ قول
باستعمال القرعة هنا في تعيين المنكر وضعفه ظ لعدم كونه من موارد القرعة التي هي لكل امر مشكل
اذ لا اشكال في المقام بعد موافقته لاصول المذهب وقواعده كما اشرنا تنبيه اذا وقع الاختلاف
بينهما في اثناء مدة الاجارة التي يدعيها المالك ثبت له اقل الامرين من قسط المسمى واجرة المثل
الا كما بيناه لكن قد بينا بل في جواز انتزاع المالك العين قبل انقضاء مدة الاجارة لاعتراف بثبات
المستعير المنفعة في تمام المدة الا بطريق المقاصة عن الاجرة الباقية وتخلص الفاضل الشارح من ذلك
بالتزام التحالف بينهما لتحقق انفساخ عقد الاجارة بذلك وجعله مؤيدا للقول بالتحالف
في اصل المسئلة وهو مشكل وقيل بان التحالف لا يوجب الانفساخ في نفس الامر بل غايته عدم الحكم
بموجب العقد وهو لا يكفي في جواز انتزاع المالك العين مع اعترافه بعدم استحقاقه الرجوع قبل
انقضاء المدة قال كتاب المزارعة وهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها المزارعة مفاعلة
من الزرع الا انه لا اشتراكهما فيها في المبدء كما يقتضيه باب المفاعلة بل المراد منها دفع الارض
الى الغير ليزرعها بحصة مشاعة من عائدها ويمكن ابقاء المشاركة باعتبار ان الطلب من المالك
والزرع من العامل تنزيلا للطلب منزلة الفعل ولا خلاف بين علمائنا في مشروعيتها والنصوص
من الطريقين بها مستفيضة وعن الحنفي والشافعي منعها استنادا الى ما رووه من طريقهم عن رافع
عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال من كانت له ارض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى وبعد
تسليم صحته لا دلالة فيه الا على منع الاجارة بحصة مشاعة فقد سمى من حاصلها وهو مما
لا خلاف فيه لجهالة الاجرة وانما البحث في المزارعة التي هي عقد آخر ومعاملة مخصوصة على
الارض المملوكة عينا او منفعة او انتفاعا بان يزرعها الزارع بحصة مشاعة مما يخرج منها
فيملك العامل منفعة الارض ويملك المالك الحصة المقدرة من نصف وثلث او ربع بمعنى
يملك الحصة بعد ظهور الزرع وهذه معاملة مندرجة في سائر الاعصار والحاجة ماسة اليها
وقد استفاضت الاخبار عن النبي صلى الله عليه وآله انه عامل اهل خيبر على النصف من الزرع والتمر ولانه

هذه المعاملة بالمخابرة ويمكن اخذها من الخبارة وهي الارض الرخوة الغالبة للزرع او من الخبير
وهو الاكار على ما قيل او من الخبر على بكسر الخاء على القاموس والمخابرة ان يزرع على النصف ونحوه
كالخبرة بالكسر وفي صحيح الحلبي قد قيل رسول الله ص خيبر اعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر
هو النصف ولعل هذا هو الانسب وقد تطلق المزارعة على ما يشمل الاجارة ويرادف القبالة لكن المعروف
بها ما عرفت من كونها معاملة على الارض للزراعة فخرجت المساقاة لكونها بالذات معاملة
على الاصول وان المعروض هو الحصة المشاعة من حاصلها فخرجت الاجارة اذ لا يصح ذلك فيها
فيها لجهالته بل عدم معلومية حصوله ولا يعتبر في الارض المعقود عليها في المزارعة ملكيتها
لاحد المتعاقدين بل يكفي ملكية المنفعة كالارض المستأجرة او الانتفاع كارض الخراج حيث تكون
لدالولاية عليها من الحاكم خلافا لما يظهر من الفاضل الشارح في المسالك من اعتبار ملك الرقبة
حيث قال لا تشرع المزارعة بين المتعاملين لو لم تكن الارض ملكا لاحدهما الخراجية نظرا الى ان
متعلقها والمعقود عليه فيها هو الارض وهو كما ترى اذ لا يقتضي سوى تملكها في الجملة ولو منفعة
او انتفاعا ولذا جاز للمزارع ان يزارع غيره والمستأجر ايضا مع ان النصوص متظافرة بصحة
زراعة الارض الخراجية نحو الواردة في قضية خيبر وغيرها فلا وجه لمخالفتها ولا حاجة
الى الاجابة بما ارتكبه الفاضل الشارح من الحيل الشرعية في استحقاق الحصة ولعل مراده بطلان
المزارعة في ارض الخراج حيث لا اذن لاحد المتعاملين من الحاكم في التصرف فيها فتكون كالارض
المغصوبة او المباحة التي لا استحقاق لاحدهما فان مزارعتها واستحقاق الاجرة الحصة فيها
قد يتوقف على استعمال الحيل الشرعية كالاشتراك في البذر وقصد التبرع من العامل في عمله
او عمله عوامله او استيجاره عليه ولو لاه جعل الحاصل مختلفا مع التساوي في البذر
على ما مر في جواز ذلك في عقد الشركة وعد مر وقد عرفت ان المختار جواز ذلك بالشرط مع
تحليل او نحو عدا سرا واختصاص البذر باحدهما فلا بد في استحقاق الحصة او الزيادة من الصلح او
الاجارة ونحوهما من الاسباب الموجبة للاستحقاق كما هو حقيقة على المتدبر **قوله** وعبارتها

155 زارعتك او عاملتك او سلمتها اليك وشبهه فيقبل لفظا المزارعة عقد من العقود اللازمة مفتقر ها
الى اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين العربيين الماضويين الصريحين فلا يكفي الفعل ولو في
جانب القبول خلافا لما يظهر من العلامة في القواعد فاكتفى في القبول بالفعل حيث قال فيها ويصح ثم
يصح ذلك بطريق المعاطاة لجواز ها في المزارعة وان منع فيه من جريانها في المساقاة كما لا يبعد
في جواز الفعل ايجابا وقبولا مع تعذر النطق لخرس ونحوه وجواز غير العربي مع تعذر العربي
ولا يلزم التوكيل كما مر في البيع ولا يكفي غير الماضي من الصيغ خلافا للجماعة فجوزوا المزارعة
بلفظ الامر بل في الروضة نسبته الى المشهور استنادا الى رواية الصحيح في المساقاة يقول اسق
هذا الماء وعمره ولك نصف ما خرج قال لا بأس ورواية النضر بن سويد فيها يقول ازرع فيها
كذا وكذا ان شئت نصفا وان شئت ثلثا ورواية ابي الربيع ولكن يقول لصاحب الارض ازرع
ارضك ولك منها كذا وكذا او نصف او ثلث جميع ظهر سيما الاخيرة فانه بلفظ المضارع من طرف
العامل القابل لا الموجب وهو مما لا قائل بصحته ايجابا وقبولا مع ان هذه النصوص غير مسوقة
لبيان حكم الصيغة اولا وبالذات بل لبيان حكم الجواز بالثلث والنصف ونحو ذلك وتحملها
على الجواز ولو بطريق المعاطاة كما هو الغالب في المعاملة فيها بين الناس ويؤكده خلو النصوص
المشار اليها عما يفيد القبول لفظا ولا يبعد يكفي في عقدها غير الصريح من المجازات والكنايات
وغيرها ولا يعتبر فيها لفظ مخصوص بل كلما افاد المزارعة ولو بانضمام متعلق العقد بالارض
المزارعة يكون كما في الايجاب فلذا صح بلفظ زارعتك وعاملتك وسلمت الارض اليك
لتزرعها وقبلتك هذه الارض لتزرعها منها وذلك من الالفاظ ونحو خلافا لعدم اعتبار
شيء في العقد سوى الصراحة وهي مختصة في المقام وان كان لفظ المعاملة والتقبيل والتسليم
الاعم من المزارعة الا ان تقييد الارض فيها للزراعة يوجب الاختصاص بالمزارعة والصراحة
فيها وبذلك يفرق بينها وبين ملكك في البيع حيث لم يعتبر في ايجابه لعدم صراحته بنفسه
وعدم القرائن ما يقتضي الصراحة اليه ولا يصح عقد المزارعة بلفظ الاجارة لا نتفاء

ويكون من المجاز **قوله** وعقدها لازم ولا يبطل بموت احدهما لا خلاف في لزوم عقد المزارعة
للاصل وعموم والاجماع ادلة الوفاء بالعقود والشروط المعتضدة بالاستصحاب ولزم شرعيته
العقود فلا يبطلها ما يبطل العقود الجائزة من موت وجنون وفسخ ونحوها وانما يبطل بالتقايل
لعموم ادلة الاقالة وخروج الارض عن قابلية الانتفاع او خروج العامل عن قابلية العمل حيث
يشترط عليه المباشرة في العمل والا فيستأجر عليه العمل ولو بالحصة المعينة له وبطلانه
عدم بطلانها بالموت مبني على ما اذا لم يشترط المباشرة على العامل اذ لا اشكال في البطلان
بالموت مع اشتراط المباشرة الا انه ان كان بعد العمل قبل ظهور الثمرة لم يستحق على المالك شيئا
وان كان بعد ظهورها ملك من الحصة بقدر ما عمل واخرج منها لما بقي من تمام العمل فان الروضة
والمسالك من الاشكال في البطلان فيما لو مات بعد العمل سيما بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل
لانه قد ملك الحصة لعامله غير مجد **قوله** ولا بد من كون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه او تفاضلا
يعتبر في المزارعة ان يكون النماء مشتركا باجماعه على الاشاعة بينهما تساويا فيه او تفاضلا على حسب
ما اشترطاه من النصف او الثلث او الربع ولا بد مع ذلك من معلومية بكسر معلوم
ولو شرط لاحدهما شيئا او جزءا وبعد لم يصح لجهالته وان صح مثله في الوصية تبعا للوارد
النص فيها بالخصوص وهذا الشرط في الجملة مما لا خلاف فيه كما نقله في الغنية وغيرها والنصوص
الواردة قولا وفعلا واخبار الدالة عليه نحو ما ورد في قضية خيبر وقول الصادق ع في خبر
صحيح الحلبي لا تقبل الارض بحنطة مسماة ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به وغيره من
ازهر وعليه فلو جعل الحصة قدرا معينا من النماء لم يصح وكذا لو جعلهما شائعا من زرع ارض
الجزئي وكذا لو عين زرعا لاحدهما في مكان مخصوص كهذه الناحية او على الجدول والاخر في
زمان كالعلة كالاخر والاخر وهذا مما لا اشكال فيه وانما الخلاف في جواز استثناء شيء
لاحدهما فان المحكي عن الشيخ وجماعة جواز استثناء قدر البذر وغيره من جملة النماء
بل في المختلف جواز استثناء شيء معين لاحدهما مطلقا والمنع المنع لكن المعاملات سيما

156 المزارعة مما هو مبني على الجهالة على خلاف الاصل فيقتصر فيها على اليقين ولا معين الا مع
الاشاعة الحصة في تمام النماء ولانه قد لا يخرج من النماء الا بقدر المستثنى لاحدهما فيبقى الاخر بلا شيء
وهو مع كونه غررا وضررا مناف لوضع المزارعة المبنية على الشركة في النماء نعم تردد في التذكرة في
خصوص استثناء البذر ونقل الى انه يعتبر لتضمن الخراج الذي لا خلاف على الظاهر في جواز اشتراطه
اولا والباقي بينهما وضعفه ظاهر فان الخراج كاجرة الارض خارج عن النماء فلا يكون مانع من اشتراطه
خلاف قدر البذر فانه من النماء الذي يعتبر فيه كونه باجمعه بينهما وتردد في التذكرة ايضا
فيما لو شرط احدهما النصف وما يزرع على الجداول او شرط مع نصيبه نوعا من الزرع معينا
مقل الزرع في العامة المجوزة للمزارعة على بطلانه والمتجه البطلان الا ان يكون ما اشترطه من الزرع
خارجا عن الارض المزارع عليها فيصح لكونه من الشرائط الخارجية فلا مانع منها العموم ادلتها
قوله ولو شرط احدهما على الاخر شيئا يضمنه مضافا الى الحصة في جواز اشتراطه بين كونه ذهبا
او فضة او طعاما مما من غير غلة الارض المزارع عليها والحكم بجوازها هو المشهور حتى كاد يكون
اجماعا وان حكي في الشرائع قولا بالبطلان الا انه غير معلوم القائل كما صرح بذلك الفاضل
الشارح وغيره والوجه في الجواز مضافا الى الاصل وعموم ادلة الشرط قيل وفي النصوص ما
يدل عليه ولعله الاشهر اشار الى بعض المعتبرة عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران فيعطيه
في كل جريب ارض يمسح عليه وزن كذا وكذا او كذا درهما فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد
قال لا بأس اذا تراضيا وفي دلالته قصور ولعل لعل وجه القول بالبطلان ملاحظة الغرر
والضرر الحاصل من اشتراط ذلك لامكان عدم حصول النماء وتلفه كلا او بعضا بعد حصوله
على وجه لا يفي بالشرط وهو مجبر لو لم يكن فوائده مشروطا بالسلامة فان الظاهر من التزام شيء
في الذمة للمزارعة تقييد الالتزام بحصول الزرع وعدم تلفه تلفه فلو تلف منه
البعض سقط من الشرط بحسابه لانه كالشريك على نحو السقوط له فيما لو استثنى قدرا معينا
من النماء حيث يقول بجوازه والسقوط من خراج السلطان ونحو ذلك وان احتمل الفاضل

الشارح علام سقوط شيء بتلف البعض حتى يبقى قدر نصيبه عملاً باطلاق الشرط **قوله** ولو مضت
المدة والزرع باق فعلى العامل الاجرة وللمالك قلعه فاعلم من توقف المزارعة اعتبار تعيين
المدة في عقدها لكونها كالاجارة واحتمال الاكتفاء بتعيين الزرع من غير ذكر المدة لان لكل زرع
امداً ينتهي على العادة كالقراض بعيد جداً لكونه عقداً لازماً فلا يتسامح في اجله المعين فيه
كما في الاجارة ولا وجه لحمله على القراض الذي هو من العقود الجائزة اذ لا فائدة لضرب الاجل فيه
فيحصل صحيح في معلم مضافاً الى ما يظهر من اتفاق الاصحاب على اعتبار تعيين الاجل بالاشهر والسنين
وعدم الاكتفاء بالعادة كما هو ثم بعض النصوص نحو خبر الربيع عن الصادق ع سئل عن الرجل يريد ان
ان يتقبلها فاي وجوه القبالة احل قال يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة
وصحيح الحلبي قال ان القبالة ان تأتي الارض الخربة فتتقبلها من اهلها عشرين سنة او اقل او اكثر
بناء على ان المراد من القبالة خصوص المزارعة وما يعمها ويعتبر في مدة المزارعة كونها مما يعلم
ادراك الزرع فيها عادة ولا حد لاكثرها فلو علم قصورها عن ادراك الزرع بناء جزء العمل
او بسبب من قبل الله سبحانه كتأخير المياه او تغير الاهوية فظاهر المتن تخيير مالك الارض بين
تبقية الزرع باجرة على العامل وبين قلعه مجاناً وهو خيرة العلامة في القواعد لانه اعتبر
الارض مع احتمال القلع ومقتضاه ان للمالك التبقية والزام العامل بالاجرة ولا وجه
لامتناع الزامه بعوض في ذمته من غير رضاه سيما اذا لم يكن التأخير بتفريطه وقد احتمل
الشارح وغيره التبقية بالاجرة برضى العامل وهو خروج عن ظاهر التخيير اذ لا احتمال ولا اشكال
في ان للمزارع التبقية مع التراضي بالاجرة وبدونها كما ان له القلع مع التراضي به
وبدونه وانما الكلام مع اختلافهما بان اراد العامل التبقية ولو بالاجرة واراد المالك القلع
والتخيير المذكور غير منصوص على هذا التقدير بل لابد من ملاحظة تقديم حق المالك او العامل
ومقتضى القاعدة الشرعية اجابة المالك الى اختيار القلع مجاناً ولعله كما لا سهم الاظهر
لان بقاء الزرع في ارضه زيادة على المدة المضروبة تصرف في ملك الغير بغير اذنه اذ لا حق

للزارع

١٥٧

للزارع في الارض بعد انقضاء المدة ولا يلزم المالك ارشه لعدم ما يقتضيه مع ما تقدم للاصل
وقد ثبت في التذكرة منع المالك من القلع مطلقاً لان للزرع امداً معيناً غير دائم الثبات وقد حصل
في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه كما لو استأجر الارض للزرع مدة فانقضت قبل ادراك الزرع وهو
كما ترى فان حصول الزرع بحق في الارض بمعنى عدم العدوان فيه لا يقتضي بقاء الحق بعد انقضاء
المدة اذ لا حق له بعد انقضائها والحكم بجواز القلع في المقيس عليه وهو الاجارة او نحو منه
في المزارعة فلا وجه للقياس واما ما احتمله بعض من جعل الاجل غاية للمزروع لا للمزارعة
ليكون بمنزلة التوصيف للزرع فاذا اتفق الخطاء بقيت المزارعة على حالها من اللزوم فليس له
القلع فهو من البعد والضعف بمكان نعم لا يبعد المنع من القلع لو كان المالك هو السبب في
التأخير لعدم تسليم الارض او منعه من الزراعة كما لا يبعد استحقاق العامل الارش من الاجنبي حيث
يكون سبباً في التأخير وعلى القول بالارش فطريق معرفته ان يقوم الزرع قائماً مستحق القلع
مع الارش بالاجرة الى اوان حصاده ومقلوعاً وتوهم الدور بذلك من حيث توقف معرفة
الارش المستحق على الاشهر المدفوع ممنوع فان الملحوظ في الارش المستحق هو التفاوت
على الاجمال بخلاف المدفوع فانه التفاوت بين القيمتين على التفصيل ثم الواجب من الارش
على فرضه انما هو ارش حصة العامل خاصة من غير فرق بين كون البذر منهما او من المالك او
لان الزرع على جميع التقادير انما هو على ملكهما لا على ملك صاحب البذر وان وجب
عليه دفع الحصة الى الارض ولذا تجب الزكاة على كل منهما اذا بلغ نصيبه نصاباً ولو قلنا بنمو
الزرع على ملك صاحب البذر ولو كان البذر من العامل وجب على المالك دفع ارش
الجميع واما الاجرة مع التبقية على القول بها فالظاهر لزومها لجميع الزرع لا على ما يختص
العامل لاستحقاق المالك عليه الحصة بالعقد السابق فيلزم الزارع جميع ما يحتاج
اليه الزرع من المؤن **قوله** ولابد من امكان الانتفاع بالارض بان يكون لها ماء من نهر او بئر
او مصنع او شبهها العيون امكان الانتفاع بالارض في المزارعة شرط في صحة

المزارعة عليها من غير خلاف ولا اشكال لامتناع المعاملة على منفعة متعذرة الحصول بل
من السفه والعبث الذي لا يندرج مثله في اطلاق المعاملة وعموم اوفوا بالعقود ونفي
الفاضلين في الشرائع والقواعد والتذكرة من لو زارع على ارض لا ماء لها تخيير العامل مع
الجهل ولزم مع العلم ونحو ما في الارشاد الا انه حكم بالبطلان مع الجهل فلا منافاة ضرورة ان
الامكان المذكور فان المراد من قولهم لا ماء لها انقطاع الماء المعتاد لها من نهر او بئر ونحوه
خلافاً في امكان زرعها باستنباط بئر اخرى ونصب دولاب او حفر نهر آخر او نحو ذلك زيادة
ونحو ذلك واللزوم والتخيير انما يتوجهان على هذا التقدير حيث ان اشتغال العامل او ناحية
الى تحصيل الماء بمثل ذلك ضرر عليه واذا كانت المؤن على المالك فيتجبر صورة بالخيار مع الجهل
لا مع العلم لاقدامه على ذلك وليس المراد من قولهم لا ماء لها انتفاؤه اصلاً حولاً وفعلاً
على وجه لا يمكن معه الزراعة لمنافاة ذلك لما دل على المنع من السفه والعبث لما اتفقوا
عليه من شرطية القابلية وامكان الانتفاع في المزارعة وصيرورة الكون شرطاً في اللزوم في صورة
الجهل خاصة كما صرح في الرياض من العبارات المشار اليها حتى جعل المسئلة لذلك خلافية
كما ترى وممّا ذكرناه انه لا يبقى لنصرفهم بانه لو انقطع الماء في جميع المدة انفسخت المزارعة او لا اثر
الامكان في المذكور في التحرير لم يجز الانفساخ بانقطاع الماء بل كان الاذن صحة العقد
ووضع اجرة المثل الى المالك لقدر المسمى وهو الحصة وممّا ذكرناه انه لما ذكره في صحته
في التذكرة من الارض التي يتفق وصول الماء اليها نادراً لو صحت المزارعة عليها مع
انتفاء اصل الحصة مع اتفاق حصوله ولو على جهة الندرة بطريق اولى فلا مناص عما
ذكرناه من التنزيل عملاً جمعاً بين عبارتهم المتناقضة ظاهراً كما يجب حمل البطلان مع الجهل
في عبارة الارشاد على بطلان اللزوم وانتفائه وفق ما في التذكرة والقواعد والا فلا
وجه لاختصاص صورة الجهل بالبطلان بل لعل البطلان مع العلم من حيث اقدامه على المعاملة
سفهاً اولى منه مع الجهل ثم ان امكان الانتفاع بالارض من الشرائط الواقعية فلا يكفي اعتقاد

حصوله

١٥٨

حصوله مع انتفائه واقعاً ويكفي حصوله وان اعتقد عدمه انما الكلام في ان حصول القصد ولو كان
مفقوداً حين العقد بتجدد الحصول بعده في صحة العقد وجهان يبتنيان على ان القابلية شرط
او عدمها مانع ولعل الاظهر الثاني عملاً بالاطلاقات والعمومات ويتفرع على المناقشة صحة
المزارعة على الارض المحتملة للقابلية وعدمها كصحة المزارعة على الارض التي يتفق وصول
الماء اليها نادراً ولا تحصل القابلية المشروطة في ارض المزارعة بوجدان الماء فيها خاصة بل
خلوها من الصخور والاحجار وان لا تكون من السبخة المالحة ونحو ذلك مما لا ينبت معه الزرع
قوله ولو انقطع الماء في جميع المدة انفسخت وفي الاثناء يتخير العامل فان فسخ فعليه بنسبة
ما سلف المراد لو زارع على الارض ولها ماء معتاد من نهر ونحوه فاتفق انقطاع الماء عنها
فان انقطع في جميع المدة وفات الزرع انفسخت المزارعة بينهما ولا شيء على العامل لعدم تمكنه
من المنفعة المقصودة ونحوه لو استأجرها للزراعة باجرة فاتفق انقطاع الماء في تمام المدة ولو
انقطع في اثنائها تخير العامل بين الفسخ والامضاء على ما قطع به الفاضلان والمحقق وكثير
من الاصحاب وان استشكله بعضهم من حيث ان انقطاع الماء الذي لا ينتفع معه المزارعة موجب
للبطلان لا للخيار كما لو انقطع كذلك ابتداء فان القابلية شرط في الابتداء والاستدامة وفيه
لولا المنع من ارادة انقطاع الماء مطلقاً بحيث لا يتمكن من الزراعة معه اصلاً بل انقطاع الماء المعتاد
لتلك الارض فلا ينافي امكان استنباط بئر او حفر نهر ونحو ذلك مما يحصل به الزرع الا
ان التأخير ضرر في حق الزارع فيجبر بالخيار دفعاً له وتماماً نمنع ان انقطاع الماء اصلاً في اثناء
المدة موجب للانفساخ والبطلان لسبق صحة العقد واحتمال تيسر الماء وان كان على خلاف
العادة فيستصحب صحته لانقضاء المدة وضرر الزارع بذلك منجبر بالخيار فلا اشكال فيه كما
لا اشكال في ثبوت الاجرة بنسبة ما سلف على العامل لو انفسخ فسخ لانتفاعه بالارض
الغير بعوض لم يسلم له ولو الرجوع الى الجبران العامل الفسخ وان استشكل في ذلك الفاضل الثاني
وغيره نظراً الى ان فسخه انما هو لعدم امكان الاكمال وان المزارعة لا اجرة لها سوى الحصة

فاذا امكن فان الانقطاع يلزم العامل شيء لمنع كون العامل في الفسخ لتعذر الاكمال بل للتضرر
الحاصل بانقطاع الماء المعتاد وان امكن تحصيل ما يزرع به كما عرفت ومن ان الحصر الحصة
لفقدها انما يوجب الانتقال الى اجرة المثل لا سقوط الاجرة مطلقا كما في نظائرها من الاجارات
ولو قيل من انفساخ العقد لانقطاع الماء في الاثناء على وجه يتعذر معه الامكان كما لو امكن
لزوم الاجرة لما سلف ايضا سواء قلنا بانفساخه من حينه او من اصله لبنائه ففساده احتمالا
على الاولى حتى لا يستحق العامل الانتفاع بالارض مدة بعقد صحيح وعوض لم يسلم الصاحبه
فلزم الانتقال الى اجرة المثل واما على الثاني فلان الاجرة المنفعة مضمونة بعقد المزارعة
وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فتأمل قوله واذا اطلق ذرع العامل ما شاء الظاهر انه لا خلاف
في عدم اعتبار تعيين المزروع في عقد المزارعة فلو اطلق المالك ادعى صح وكان للعامل
ان يزرع ما شاء من انواع الزرع وافراد الحبوب واحتمل في التذكرة قويا وجوب التعيين لتفاوت
ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم في ذكر الضرر وحكى عنه في المسالك انه قوي
ذلك ومقتضاه الضمان وليس كذلك فان تفويت الاحتمال غير الضمان وجعله في المسالك
احوط واستجوده بعض المتأخرين لولا الشهرة ولولا الاجماع المنقول معللا بما اشار اليه في التذكرة
من اختلاف الزرع في تأثيره في الارض وانتفاع المالك به نفعا وضررا واختلاف عمل العامل
به قوة وضعفا فالمطلق اذا انصرف الى احد افراده وكان منفيا وبذلك في عقود المعاوضات
تعيينه لرفع الغرر والجهالة والغرر وقطع مادة التنازع التي شرعت العقود لرفعها
ولذا منع من بيع الكلي المتفاوت الافراد واجارته ومنه ان متعلق العقد في المزارعة هو
الارض المزارعة وهي المملوكة للعامل بهذا العقد ولا جهالة ولا غرر فيها اصلا وان اختلف
افراد المزارعة نفعا وضررا على المالك الا انه لا يمنع العامل من الاخر فضلا عن غيره وتملكه
المنفعة الزرعية واقدام المالك على الاخر بسبب الاطلاق على المنفعة وعدم التزام المزارع
بخصوصه والتنظير ببيع الكلي المتفاوت الافراد غير صحيح لكونه متعلق العقد فوجب تعيينه

ومتعلق

ومتعلق العقد هنا هو المنفعة ولا جهالة فيها ولذا صح اجارة الارض للزراعة من غير تعيين
ولا يصح اجارة ارض ما كما لا يصح ذراعا من ارض ما للجهالة والغرر ويعلم مما ذكرناه ان لا فرق
بين الاطلاق والعموم في جواز الاقدام على الاخير الا ان يكون من الافراد الخفية التي لا ينساق
١٥٩ اليها الاطلاق فان لا يستثنا به وجهان ولعل الاوجه عدم لانصراف المنفعة الى العامل
من غير شرط فيملك الانتفاع بها مطلقا كما كان مع ذلك للمالك قوله ولو عين لم يجاوز فلو
خالف وزرع الارض قيل يتخير المالك بين الفسخ فله اجرة المثل وبين الابقاء فله المسمى
مع الارض وان كان اقل ضررا جاز اذا عين المالك للزرع جنسا او نوعا او صنفا او بطريق
الشرطية بل بجعله موردا للعقد ومتعلقا بان يقول ازرعها حنطة او شعيرا ونحو ذلك
فالمشهور جواز التخطي الى الاقل منه ضررا والمساوي له كما في اجارة الارض للزراعة التي
في التذكرة الجواز فيها الى عامة اهل العلم لانه يفهم الاذن والرضا من الاولوية كما قيل نظرا الى ان
الرضا بالاخر يقتضي الرضا بالاقل ضررا لمنع الاولوية اولا لامكان ان يكون موجبا التعيين لرعاية
المالك حفظ نفسه من الانتفاع بالمزروع لا حال الارض من التضرر وعلى فرضه مع الاذن المحوي انه
لا يقتصر عن المعين متناولا للعقد وانما يفيد اباحة التصرف ومقتضاها ثبوت المثل اجرة
لا المسمى الثابت بالعدول اليها بعقد المزارعة وهو الحصة ولذا لو ازدعر على ارض فزرع ارضا
اخرى للمالك كان اللازم عليه اجرة المثل وان قطع برضا المالك فيها بالفحوى والاولوية
بل الظاهر ان الموجب لذلك التخطي الى الاقل ضررا والمساوي هو تملك العامل المنفعة الزرعية
بعقد المزارعة لان المستأجر منفعة الارض للزراعة بالعقد والتمليك فيها في جميع المنافع
المساوية والاقل متناول للعقد او تعيين المزروع بكونه حنطة او شعيرا لا يصير المعقود
عليه هو الحنطة والشعير بل المعقود عليه منفعة الارض وذكر الحنطة مثلا تقدير للمنفعة
التي يملكها لذلك بحسب ما يعود اليه من ضرر الارض فالمزارعات المختلفة في الضرر شدة و
ضعفا فكانه قال عاملتك على زرعها حنطة وما ضرره كضررها او دونه وليس المراد

مع ذكر الحنطة الشرطية لكونه بمنزلة ما لو قال له بشرط ان تزرعها حنطة لا غيرها لعدم انفهام
ذلك عرفا من مجرد التعيين مع اطلاق العقد لفهم الفقهاء هنا وفي باب الاجارة مع ان
الشك في استفادة الشرطية من التعيين المذكور كاف في الحكم بعدمها للاصل ولو فرضنا فهم
الشرطية من التعيين المذكور كان ذلك مقاسا للامر بالمخالفة على اشكال وتسلط المالك
على الفسخ لا لبطلان المعاملة وثبوت اجرة المثل كما ذهب اليه المحقق الثاني والفاضل الشارح
في المسالك وغير واحد ممن تأخر عنهم مع اعترافهم ذلك من اجارة الارض لزرع نوع معين بل حكي بعض الاجلة
عدول المستأجر الى زرع ما هو اخف ضررا منه معللين الفرق بينها وبين المزارعة بان الغرض
في الاجارة للمالك تحصيل الاجرة وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر
عن ارضه بخلاف المزارعة فان مطلوبه الحصة من الزرع المعين فلا يدل على الرضا بغيره ولا
يتناوله بوجه بوجه عليه ان التعيين بمجرده ان كان مفاده ارادة المعين لا غيره ولا فرق
بين حصوله في عقد اجارة او مزارعة ومقتضاه عدم تناول العقد وعدم الاذن بغيره
مطلقا وان كان اقل ضررا من المعين وان لم يكن مفاده ذلك بل تقدير المنفعة المنتقلة الى المستأجر
والعامل فلا اشكال في جواز التخطي الى المساوي والاقل فيهما ودعوى انفهام الشرطية
من التعيين في المزارعة والتقدير في الاجارة لمجرد ما ذكر من الاعتبار الذي لا يصلح فارقا
بعد التسليم غير متجه اصلا وبما ذكرنا صح ما عليه الفاضلان والاكثر من انه لو عين المزروع
فعدل الى الاخر لم يبطل المزارعة بينهما بل يتخير المالك بين الفسخ والمطالبة باجرة المثل
والابقاء واخذ المسمى والارش في مقابلة زيادة الضرر لما عرفت من كون التعيين تقديرا
للمنفعة المملوكة وفي قوة اشتراط عدم الزيادة عليها فلو اتى بالاخر كان متصرفا بالمنفعة
المملوكة وزيادة فيثبت الخيار للمالك للتضرر بالزيادة ومخالفة اشتراط عدمها ويستحق المالك
الارش عوضا عنها وهو كلام متجه جار على القواعد الشرعية وان نسبه المصنف الى القيل مشعرا
بتمريضه بل جزم المحقق الثاني والفاضل الشارح وبعض من تأخر بالبطلان وثبوت اجرة

المثل

المثل لو عمل كون الاخر غير متناول العقد والاذن وقد عرفت ضعفه مما لا مزيد عليه قوله ويجوز
ان يكون من احدهما الارض حسب ومن الاخر البذر والعمل والعوامل وكذا لو جعل واحد وكل واحد
١٦٠ من الصور جائزة انما يبتنى على جواز المزارعة بكون الارض من احدهما ومن الاخر البذر والعمل دونها
على بعض المخالفين حيث منع من ذلك واعتبر ان يكون البذر من الارض ايضا معللا بان المزارعة عقد
يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب ان يكون رأس المال كله من احدهما كالمساقاة والمضاربة
ورده في التذكرة بمخالفته الاجماع والنص مشيرا الى ما ورد من النصوص الواردة في مزارعة النبي صلى الله عليه وآله
مع اهل خيبر التي هي الاصل في مشروعية المزارعة فانه صلى الله عليه وآله دفع خيبر اليهم على ان منهم البذر
والعمل كما ورد ذلك في صحيح يعقوب عن الصادق عليه السلام سألته عن المزارعة فقال النفقة منك والارض
لصاحبها فما اخرج الله من شيء قسم على الشرط وغيره من الاخبار وهو الغالب في مزارعات هذه الاعصار
لكنه لو اشترط البذر على صاحب الارض صح ايضا من غير اشكال ولو كان البذر حاصلا من احدهما
الباقي من صاحب الارض جاز عندنا كما في التذكرة للاصل واطلاق المزارعة وعمومها المتناول
عند الاصحاب لجميع الصور المذكورة من معاملة الغير للمالك مع غيره ولو باعطاء المالك بعض
بذر او بعض بعضه او بعض عمل فضلا عن الواحد لكنها منها وما تركب من اثنين او ثلاثة الى الاكثر الا
حصر له من الصور الممكنة ولا يستثنى منها الا ما فقد بعض الشروط كالمعاملة مع غير صاحب
الارض مثل ان يدفع بذره الى ثالث ليزرعه في ارض صاحب الارض على ان يكون النماء بينهم
فان صاحب البذر هنا ليس عاملا ولا مالكا فلا مزارعة بل يكون الزرع لصاحب البذر وعليه
اجرة الارض والعمل ان يكون المعاملة خلاف المعهود المعتاد منها كما لو اشترك ثلاثة مما
على ان يكون الارض من واحد ومن الاخر البذر ومن الاخر العمل على ان ما رزق الله بينهم ففي
التذكرة احتمل الجواز وفي القواعد في صحة كون البذر من ثالث نظر وكذا لو كان البذر من ثالث
والعوامل من رابع وفي المسالك كلام جامع المقاصد ان منشأ النظر من عموم الوفاء بالعقود
والشروط ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ولم يثبت

من مثل ذلك والاصل في المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله اليهود على ان يزرعوها ولهم شطر
ما يخرج منها وله شطر الآخر وليس فيها المعاملة مع اكثر من واحد كما في النصوص التي وردت
من طرقنا ولان العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل فدخول ما زاد يخرج العقد
عن وضعه ويحتاج الى اثباته دليل واستجود في المسالك عدم الصحة قلنا ان كان الموجب لعدم
الصحة عدم الورود بالخصوص والاقتصار على ما ورد في قصة خيبر فلا وجه لحكمهم بصحة جميع
الصور المكثرة في اشتراك الارض والبذر والعمل والعوامل بين المتعاقدين كلا او بعضا ولو بجزء
او برد او بعض عمل من واحد ومن الآخر الباقي فان اكثر هذه الصور التي تبلغ المائتان لم يرد فيها
نص بالخصوص ولا هي موافقة لما ورد في قصة خيبر وان كان لدعوى عدم شمول الاطلاق لمثل
ذلك نظرا الى تعدد الموجبين او القابلين في عقد واحد ففيه انه من ما نعتمد ذلك من الصحة
وعدم شمول الاطلاق فان العقد وان كان واحدا لكنه في قوة عقود متعددة فكما ان للمالك ان
يزارع صاحب العمل وحده بحصة في عقد ويزارع صاحب البذر بعقد آخر وهكذا فله ان يزارع
الجميع بعقد واحد مع تعيين الحصص لا نحلاله الى العقود المتعددة التي لا ما نع من صحتها وليس في
ذلك منافاة لما تقدم من العقد بين اثنين موجب وقابل كما ادعاه الفاضل الشارح ولا توزيع لان كان
عقد المزارعة كما توهمه بعض المتاخرين بل هو عقود متعددة بعقد واحد ونظائره في البيع
وغيره كثيرة جدا وربما توهم ان ما ورد في جملة من النصوص من النهي عن التسمية للبذر ثلثا وللبقر
ثلثا ولكن يقول لصاحب الارض ازرع لك ارضك ولك منها كذا وكذا نصفا او ثلثا او ما كان من
شرط مراد به النهي عما نحن فيه من اشتراك الثلثة بعقد واحد في الثلثة وليس كذلك بل الظاهر ان
المشار اليها النهي عن التسمية للبذر والبقر كانت المعاملة بين اثنين وكون النهي المذكور على
جهة التحريم او الكراهة محل نظر بل ظن العلامة حمله على الكراهة **قوله** ولو اختلفا في المدة
حلف منكر الزيادة ولو اختلفا في الحصة حلف صاحب البذر ولو اقاما بينة قدمت بينة الآخر
وقيل يقرع بينهما الخ انما قدم قول منكر الزيادة بيمينه لاصالة عدم استحقاقها ولانه مدعيها لو ترك

١٤١

لذلك فمدعيها مدعي ومنكرها منكر فيقدم قوله لعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر
وانما قدم قول صاحب البذر في الحصة وان كان مدعيا زيادة فيها لاصالة تبعية النماء للبذر فلا
يخرج منه الا ما اقر بخروجه وعن المحقق الثاني انه لولا الاجماع في المقام لامكن ان يكون من التحالف
ولزوم التحالف لاتفاقهما على عقد قد تضمن مدة وحصة وكل منهما مدعي لشيء ومنكر لما
يدعيه الآخر والقاعدة في مثله التحالف ووجهه بعض المتاخرين بما حاصله بان العقد هنا يتشخص
بتشخص ما يتضمنه من مدة وحصة والاختلاف بينهما في العقد الشخصي باعتبار كيفية تشخصه
فاحدهما مدعي للعقد المتشخص بالمدة القليلة والحصة الزائدة والآخر منكره ومدعي المتشخص بالمدة الكثيرة
والحصة القليلة وذلك موجب للتحالف لا الاختلاف في العقدين المتغايرين وهو نظير ما
اذا كان هو عينه كالاجل في النكاح على ما قيل كان الاختلاف فيه التحالف وانه لم يكن كذلك بل
كان نوع العقد متحدا والاختلاف واقع في مقادير زيادة ونقصانا فلا ريب في ان مدعي
الزيادة مدعي ومنكرها منكر ولا يجري فيه التحالف والا لكان الوجه لدعوى زيادة المبيع والثمن
والشروط وغير ذلك مما هو مقطوع بفساده **قوله** وللمزارع ان يزارع غيره الا ان يشترط عليه المالك
الزرع بنفسه المعروف بين الاصحاب ان للمزارع مع الاطلاق وعدم اشتراط العمل عليه بنفسه ان يزارع
غيره وان يشاركه في عمله لان المالك بمجرد اذنه قد اذن بالحصة المشروطة او باقل منها كان
البذر من العامل او من المالك على ما يقتضيه اطلاقهم لكن حكى الفاضل الشارح عن بعضهم والقول
انه السبب العبيدي اشتراط كون البذر من العامل في جواز مزارعته ثانيا لانه مناط تملك
الحصة الى كل من العامل والمالك لان البذر ان كان من العامل فالحصة منتقلة منه الى المالك
في مقابلة منفعة الارض وان كان من المالك كانت منتقلة منه الى العامل في مقابلة عمله والحصة
في المالك كان وهو يتم في مزارعة غيره لا مشاركته بناء على ان المراد من المشاركة المذكورة
بيع بعض الزرع على الغير بعد ظهوره فانه لا يتوقف على كون البذر من العامل لحصول ملك البذر
على ما كان عامة لان شارك في حصته من الزرع ببيع ونحوه والمشاركة على هذا التفسير مما

لا اشكال في جوازها مطلقا لو اشترط على انه العامل مباشرة عمل الزرع بنفسه امكن صحة هذه
الشركة لامكان ان يشترط ما بقي من العمل بنفسه بان يكون هو المباشر دون الشريك وقد ورد في
موثق سماعة ما يدل على صحتها اما لو فسرت الشركة بما هو اعم هنا من الشركة في ابتداء الزرع فيه
مزارعة من الزرع والعمل على بعض الارض فيجيء الاشكال في صحتها لو كان البذر من المالك من حيث
ان العامل انما يملك الحصة بعد ظهورها وان ملك ان يملكها قبل الظهور لكن لا دليل على صحة
تمليك ملك ان يملك من غيره مال الغير ولذا اتفقوا على انه ليس للمضارب ان يضارب ولا العامل
المساقاة ان يساقي غيره وان لم يشترط عليهما المباشرة في العمل ومع ذلك فلعل الاقرب صحة
مزارعة العامل غيره مطلقا كما جاز له استيجاره والتوكيل مع الاطلاق لا لانه لا يملك منفعة الارض
للزراعة بعقدها فله ان يملكها من شاء كالمستاجر ولان صحة الزراعة لا تتوقف على كون البذر
لاحد المتعاقدين لما عرفت من جواز ان تكون الارض لواحد والعمل من آخر والبذر من ثالث
والعوامل وهكذا بعقد واحد وعقود متعددة والصور المكثرة في المزارعة كثيرة اكثرها غير منوط
بملك البذر بل ملك الارض عينا ومنفعة وهو متحقق فيما نحن فيه فلا مانع من صحته وبذلك
افترقت المزارعة عن المساقاة والمضاربة في جواز مزارعة العامل فيهما غيره دونهما وليس الفارق
ملك البذر في عامل الزراعة ولا قائل من انه عمول الاصول في المساقاة مقصود بالذات كالثمرة
فلا يتسلط عليه من لا يسلطه المالك بخلاف الارض في المزارعة فان المقصود منها ليس الا الحصة
فلما ملكها ان ينقلها الى من شاء لكونه وفاء اعتبارا لا غيره بخلافه المقام نعم لو شرط المالك
العمل على العامل بنفسه لم يجز له مزارعة غيره ولا مشاركته الا بالشرط وليس شرطه من منافيات
مقتضى العقود ولا محرما حلالا وهو تسلط مالك على المنفعة على ما ملكه وان كان اشتراط
المباشرة مستلزما للحجر عليه في التصرف الا ان المشروط هو عمله وتملكه المنفعة او نفع على
نفس عمله فلا يملك العامل الا وجه ما ملكه المالك وشرطه لا بعينه مجملا وان استلزم الاثبات
بالمشروط ترك ما سواه كما من نظيره في البيع وغيره ولا احتياج الى التزام التحجر في المقام لعارض

١٤٢

حق المالك المشترط عليه كما في الرهن والمفلس **قوله** والخراج على المالك الا مع الشرط لا ريب
في ان خراج الارض مع الاطلاق في عقد المزارعة على مالكها لاصالة براءة ذمة المزارع الذي لم يجب
عليه عقد المزارعة ذلك ولكونه بمنزلة الاجرة في الارض المستاجرة لو زارع عليها ولكونه عوض
حصة السلطان المعلوم خروجها قبل مقاسمة المالك والعامل الا ان يشترطه المالك على العامل
كلا او بعضا فيستخرج من حصة العامل على حسب الشرط مع علم العامل بقدره عادة والا كان
غررا وجهالة ولو زاد او نقص يسيرا فلا بأس ولو زاد السلطان على الخراج المعتاد مع اشتراطه
على العامل ففي كون الزيادة على العامل او على المالك وجهان من حيث ان الزيادة لم يتناولها
الشرط وانها غير معلومة فلا يمكن اشتراطها ومن منافاة ذلك لظاهر بعض النصوص كصحيح داود بن
سرحان عن الصادق عليه السلام في الرجل تكون له الارض يكون عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص
فيدفعها الى الرجل يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة قال لا بأس وفي صحيح يعقوب بن
شعيب عنه عليه السلام في الرجل تكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها
ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال لا بأس والتخصيص لان الخراج ليس له قدر معلوم
لا يزيد عليه ولا ينقص اصلا بل قد يزيد يسيرا وقد ينقص كذلك كما دل عليه الصحيح الاول ولا يمنع جهالة
هذا النحو على العامل لاعتياد مثلها في الشروط فالزيادة ان كانت خراجية فهي على العامل
المشروط عليه اداء الخراج وعلى المالك مع عدم الشرط وعليه يحمل ما ورد في خبر سعيد الكندي
قلت لابي عبد الله عليه السلام اني آجرت قوما ارضا فزاد السلطان عليهم قال اعطهم فضل ما بينهما
قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال انما زاد على ارضك فان الحكم بعدم الزيادة بل دفع فضله منزل
على الزيادة الخراجية التي لا تخرج عن المعتاد في مثل تلك الارض فلا موجب لما في الرياض وغيره
من رده لضعفه سندا ومنافاته القاعدة عدم التشريع فان المظلوم لا يظلم ولا تزر وازرة
وزر اخرى وان كانت الزيادة تعديا وظلما بخلاف المعتاد فهي على الآخذ لا لاحدهما بل يعين بها
من دفعها فهو كما لو اخذ الظالم من المالك ادعاء ملك الارض وغيرها ولا يرجع على غيره هذا وقد ورد في جملة من

النصوص ما يدل على جواز اخذ الارض من مالكها على ان يؤدي خراجها وما يحصل حاصلها كصحيح داود
بن سرحان عن الصادق عليه السلام سئل عن القوم يدفعون ارضهم الى رجل فيقولون خذها وادّ خراجها
قال لا بأس اذا شاؤوا ان يأخذوها يأخذوها وخبر ابي الربيع عنه عليه السلام في رجل يأتي اهل قرية
وعليها خراج وقد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها والقرية في ايديهم
ولا يدري هي لهم ام لغيرهم فيدفعونها اليه على ان يؤدي خراجها فيأخذها منهم ويؤدي
خراجها ويفضل بعد ذلك شيء كثير قال لا بأس بذلك اذا كان الشرط عليهم بذلك ونحوه
خبر ابراهيم بن ميمون وهي بظاهرها مخالفة للقواعد الشرعية اذ لا يمكن جعلها عقدا مستقلا
لحصر العقود في غيرها ولا عقد اجارة لجهولية الاجرة ولا عقد جعالة لا اثر في مقابلة العمل
لا المال الى العقد عقد صلح لعدم معلومية محله من العوض في هذه المعاملة فلذا حكم
السيد في الرياض بان ذلك نوع تراض واباحة بينهما من غير انتقال والا لا لزوم كما يومي
قوله في الصحيح اذا شاؤوا ان يأخذوها وهو جيد ويمكن ان يقال انه نوع صلح بينهما ولا
يقدح جهالة المقدار ما يؤخذ من الخراج لكون المصالح به حق الخراج لا نفسه ومرجعه الى تعلق
حق الخراج به وتنزيل الزارع منزلة المالك كاشتراط حق الزكاة على المشتري مع عدم العلم
بمقدارها **تنبيه** اقتصر المصنف على ان الخراج على المالك ولم يتعرض لغيره وزاد بعضهم
مؤنة الارض ايضا ولا يعلم المراد والظاهر ان المراد منها ما يستعمله من انه ما يتوقف عليه الزرع
ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كحفر النهر واصلاح الحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها والدولاب
وكلها لا يتكرر في كل سنة لان هذا ونحوه على المالك بخلاف ما يتكرر من الحرث والسقي
والاتيان وتنقية النهر وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك فانه على العامل
والمرجع في امثال ذلك انه لم يكن شرط الى العرف والعادة مما علم لحوقه لاحدهما فلا اشكال
وما تبين غير ذلك فيلزم التعيين الا اشتراطا كالبذر المختلف فيه فان اشتراطه لازم الا
ان يعتاد اخذه من الزارع كما في هذه الاعصار اذ قد تشهد على اختصاص قرائن الاحوال
وكلام

١٤٣
وكلام الاصحاب في تفصيل المؤنة هنا وان كان قاصرا لكن الظاهر اتكالهم فيه على ما ذكروه في المساقاة
قوله واذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر وعليه الاجرة للباقي هذا مما لا خلاف فيه
بين الاصحاب ووجهه ظاهر فان النماء تابع للبذر وليس للعامل كما قال في المسالك
او صاحب الارض حينئذ مع فساد العقد وبطلان المسمى فيه لفساده سوى اجرة المثل ولا فرق بين كون
البذر من المالك او من العامل او منهما او من ثالث كما لا فرق في ان الاجرة لغير صاحب البذر من الارض
من عامل او مالك الارض ايضا بين ان يكون هناك حاصل او لا لحصول عمل العامل واشتغال الارض
بالزراعة فيلزم الاجرة مطلقا وكذا لا فرق في استحقاق الاجرة بين علم المتعاقدين ببطلان العقد
وجهلهما او جهل احدهما ولو ترك العامل الزراعة مع فساد عقدها فان قبضها فلم يزرع
ضمن اجرة المثل مثلها الفائتة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ولتفويت منفعة الارض على
مالكها سيما مع جهل المالك بالفساد واحتمال البذر بدفعها اليه مع علمه بالفساد
يفيد عن الضمان اذ لا ملازمة بين العلم والتبرع ولئن قبضها ضمن مع جهل المالك بالفساد
وامتناع العامل من القبض لتوقفه التفويت على المالك ولان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
ولو كان المالك عالما بالفساد فامتنع من التقبيض لم يضمن علم العامل بالفساد او جهل
على الاظهر **قوله** ويجوز لصاحب الارض الخرص على الزارع فيتخير بالسلامة فلو تلف فلا
شيء لا ريب في جواز ذلك بين خرص المالك على العامل بان يقدر ما يحصل ويلزم العامل
بحسبه وعكسه بان يقدر العامل ما يحصل فيلزم المالك ولا بين اشتراط العقد
المخروص من الزرع او من غيره ولا بين معاملة المزارعة والمساقاة في مشروعية هذه
المعاملة الخرصية المتفق على مشروعيتها نصا وفتوى بعد ظهور الثمرة وادراكها
وعلى ان استقرارها مشروط بالسلامة فلو تلف الجميع لا شيء على الخارص ولو تلف البعض
سقط من نصيبه بحسبه وفي كونها معاملة برأسها او بيعا او صلحا خلاف قد حقق
الحال فيه في بيع الثمار فليلحظ **قال كتاب المساقاة** وهي معاملة على الاصول

بحصة من ثمرها لا خلاف في مشروعية هذه المعاملة المسماة في اصطلاح المتشرعة بالمساقاة
الا ممن شذ من المخالفين فمنعها لما فيها من الغرر والجهل ومنع بعضهم من المزارعة وهو خلاف
الاجماع والاخبار الدالة على صحتها كالواردة في قصة خيبر وغيرها وظاهرها انها معاملة
مستقلة لا تدخل في الاجارة بدعوى اغتفار جهالة الاجرة فيها لمسيس الحاجة ونحو ذلك
ولا في الصلح بناء على تحمله لمثل هذه الجهالة بل هي كالمزارعة في الاستقلال لا فارق بينهما
الا ان تلك معاملة على الارض بحصة من حاصلها وهذه معاملة على الاصول الثابتة بسقيها
وتعهدها مما يحتاج اليه في تنميتها بحصة على من الثمرة وسميت بالمساقاة لما قيل من ان
السقي هو اظهر الاعمال وانفعها في محل الحجاز الذي هو الاصل في مشروعية هذه المعاملة
باعتبار ان سقيها كان من الابار وهو اكثر مؤنة من بقية الاعمال ومقتضاه ان تسمية هذه
المعاملة بالمساقاة كان ثابتا في عصر النبي صلى الله عليه وآله وما بعده من الاعصار كما ان ظاهر قولهم
المساقاة لغة من السقي وشرعا معاملة على اصوله انه ان لم تكن الحقيقة الشرعية ثابتة
فيها فلا اقل من ارادة المعنى الشرعي الذي استعمل الشارع فيه اللفظ لكن العلامة الطباطبائي
في مصابيحه انكر ورود لفظ المساقاة بهذا المعنى لغة وشرعا لخلو كتب اللغة والاخبار
وادعى ان اطلاقها عليه من مصطلحات الفقهاء والمتشرعة حتى ان اصحاب الحديث كالكليني
والصدوق لم يعقدوا بابا للمساقاة وانما اوردوا الاخبار المتعلقة بها في باب المزارعة
وان ما في صحيح يعقوب بن شعيب من صحة الايجاب بلفظ اسق ولو لم يدل على لفظ المساقاة
وان كان ثبوت المشتق فرع ثبوت المشتق منه الا ان اسق من السقي لا من المساقاة فالمراد به المعنى
اللغوي لا الشرعي وقد اطنب قدس سره في تحقيق عدم ثبوت استعمال هذه اللفظة واطلاقها
على هذا المعنى في عصر الشارع وحمل قول اهل اللغة والفقهاء هي لغة كذا وشرعا معاملة كذا على ارادة
الحقيقة المتشرعية او ارادة المعنى الثابت شرعا وان كان الواضع لغير الشارع الا ان البحث في ذلك
عند التحقيق قليل الجدوى بعد ما عرفت من الاتفاق على صحة هذه المعاملة وانها معاملة
مستقلة

١٤٤
مستقلة واتفاقهم على صحة ايجابها بلفظ ساقيتك كما استعمل حتى من ادعى ان صيغ العقود ايضا
شرعية توقيفية وهو امارة ثبوت هذا الاستعمال في عصر الشارع وانه لم ينقل النبأ كما ان ظاهر
معقد ما ذكروه في علة تسمية هذه المعاملة بالمساقاة وفي تعريفها بما ذكر شرعا وان امكن
التأويل بما يلائم الظاهر ولعل الايجاب بلفظ اسق الوارد في صحيح يعقوب بن شعيب ملحوظ فيه معنى
التسمية المساقاة وانشاء هذه المعاملة والا لم يقع ايجابا بما يكون الاستعمال ثابتا في الجملة
وعلى تقدير عدم ثبوته فاحكام هذه المعاملة لم ترد بلفظ السقي والمساقاة حتى يحتاج الى ارادة
هذا المعنى منه وعدمه فلا حاجة الى تحقيق ثبوته وربما ادعي استفادة احكامها مما ورد
في المزارعة لاطلاقها على ما يعم المساقاة وهو اعم من الحقيقة فلا يكون ذلك الا مع القرينة
الصادقة وادعى بعضهم بعض اطلاق المخابرة عليها بناء على ان وجه التسمية بذلك قضية خيبر
المتعلقة بمساقاة النخل ولم يثبت ان ذلك هو الموجب للتسمية بالمخابرة كما مر **قوله** وهي لازمة
من الطرفين المساقاة الحقيقية المشتملة على الايجاب والقبول لازمة من الطرفين باجماع اصحابنا
واكثر اهل الخلاف وشذ من قال منهم بجوازها قياسا على المضاربة ولما روي انه لما اليهود
لما سألوا رسول الله صلى الله عليه وآله ان يقرهم بخيبر على ان يعملوها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وآله شطر ما يخرج منها
قال اقركم على ذلك ما شئنا فلو كان لازما لوجب تحديد المدة ولم يجز التقدير بما
لمشيئته والقياس باطل مع انه ليس باولى من قياسها على الاجارة والمزارعة اللازمة وعلى
فرضها فيمكن حملها على المقاولة والمراودة قبل العقد او على المعاطاة والتراضي بدون العقد
لجريان المعاطاة في المساقاة وغيرها من العقود خلافا للفاضل الشارح فمنع من المعاطاة
فيها تبعا للمحكي عن المحقق ولا نعرف لهما موافقا وانه قال في التذكرة هنا ولا يكفي التراضي
والمعاطاة كما قلنا به انه لا يكفي في البيع اذ الظاهر ارادة عدم كفايته في اللزوم والنقل
بدون العقد كما في البيع لا عدم كفايته في الاباحة والاذن بالعوض فان المعهود من طريقة
المسلمين وعملهم في جميع الاعصار والامصار عدم الالتزام بالصيغ في شيء من العقود

دعوى

لا في المساقاة ولا في غيرها الا في النكاح كما قال في المصابيح ولا مستند للمنع سوى عدم ثبوت
المعاطاة في المساقاة عند الكل لعدم تحقق السلف ولزوم الاقتصار على المتيقن مما ثبت من العقود وفيه انه لو
ثبت عمل السلف على التزام الصيغ في المساقاة لنقل الينا لتوفر الدواعي الى نقله واشتمالها على
العوض غير مانع بعد قيام الدليل مع ان الجهالة فيهما مما يلائم الالتزام بالصيغ بل لا يلائم
سائر ما يلائم المعاطاة لاعتقاد الجهالة فيهما كما لا يخفى قوله وايجابها ساقيتك او عاملتك
او سلمت اليك او ما اشبهه والقبول الرضا به اراد بما اشبهه ما ساوى لفظ انشاء المساقاة
وصراحته الدلالة على المتيقن نحو و عو قبلتك عمل كذا او عقدت معك عقد المساقاة ونحوه
من الالفاظ الواضحة بلفظ الماضي وزاد في التذكرة وجوز بلفظ الامر كتعهد نخلي واعمل فيه
ونحو ذلك بل قد يظهر من القواعد صحتها بلفظ استاجرتك حيث قال ولو قال استاجرتك
لتعمل في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشأ من اشتراط العلم بالاجرة
اذا قصدت الاجارة او تجوز بلفظها عن غيرها فلا انتهى فان ظاهره ان الاشكال في صحته الا
اجارة لجهل الاجارة الاجرة اذا اما تجوز بقصد المساقاة فلا اشكال في الصحة واحتمال
ارادة انه لا اشكال في عدم الصحة لمكان التجوز كما احتمله في جامع المقاصد بعيد جدا
وهذه التوسعة في ايجابها لو حمل صحيحة بناء على استفادة عموم الافراد من قوله تع
اوفوا بالعقود وشموله لكل عقد عدا غير صالح من الالفاظ كالحادثات والكنايات فانه مما ذكر
من الالفاظ بسبقها صريح الدلالة على المقصود ولو بضميمة القيود الكاشفة عن المقصود حتى
لفظ الامر هنا كما سبق هذا المحل وذلك نصف الثمرة لا نفهام الانشاء منه هنا غير قاعل نحو
انه انما هو من قوله ساقيتك وعاملتك وانه لم يفهم الانشاء منه في البيع والاجارة حيث يقول
بعني او ابتع مني او استاجرني ونحو ذلك والفارق العرف والعرف مضافا الى ورود الامر
في ايجابها هنا في صحيح يعقوب بن شعيب عن الصادق ع سئل عن رجل يعطي الرجل ارضه وفيها
ماء ونخل وفاكهة ويقول اسق هذا وامره ولك نصف ما اخرج الله عز وجل قال

ولابس

لا باس فانه ظهر من الفاضل الشارح هنا تبعا للمحقق الكركي من منع الايجاب بالامر هنا واشتراط
الماضوية قائلا بانه اخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمة بصيغة الامر من غير نص مخصص
مشكل وقد نوقش في امر المزارعة مع النص عليه فكيف هذا انما لا يخفى بعد ما عرفت من ان المدار
على صراحة الدلالة المختلفة باختلاف المقامات ودعوى ورود النص في المزارعة ممنوعة بما تلك
من ان الوارد فيها بلفظ المضارع المعلوم منه اراده الامر على ان مع ان الحق جواز الامر في كلا
المعاملتين بناء على ان المدار في الصيغ على صراحة الدلالة خاصة ولا عبرة بالماضوية وغيرها الا
من جهة ملاحظة الصراحة واما على ما سلف لنا في البيع كما صرح جمع من المحققين ونقل الخوئي
من ان المدار عنا في العقود التي يجب الوفاء بها في الاية على ما كان متداولا في عصور التخيم بحكم
التبادر وعمل الاصحاب وملاحظة خطاب المشافهة فيشكل الحال في هذه التوسعة في عقد
المساقاة كما اشكل ذلك في صيغ الرهن لعدم معلومية تداول هذه الصيغة في تلك الاعصار
بل قد يشكل الايجاب بلفظ ساقيتك فضلا عما حمل عليه بناء على ما قيل من عدم ثبوت المساقاة
وما اشتق منها في ازمنة الشارع لكن الحق جوازه بجميع تلك الالفاظ لصراحتها حتى كلما
كان منها بلفظ الامر كما عرفت ولا دلالة شيوعها بين الاصحاب وكون ايهم نقله في هذا الباب
لانه لو كان المدار منها على صيغة مخصوصة انتقل الينا لتوفر الدواعي الى نقلها فالظ ان المتداول
منها ابهم فيما سلف كل لفظ صريح الدلالة على المقصود ومشاركتنا للمشافهين في الحكم لا يقتضي
الا ما لمشاركة لهم في الاكتفاء بكل لفظ صريح وهذا الابناء في كون الصيغ من الالفاظ اسباب الشرعية
المبنية على التوقيف ولا دلالة الا به على العقود على الرضا معلم ولو فعلا والاظهر اعتبار اللفظ
الدال على الرضا صريحا كما في غيره من العقود ولكون العقد من مقولة الالفاظ لغة وعرفا ولان
المدار على الرضا وهو من الامور الباطنية فلا يعلم حصوله بدون اللفظ وهو الصريح وهو اسق
في اعتبار اللفظ في سائر العقود قوله ويصح اذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمرة سواء كانت
ثمرة اما صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة فموضع وفاق بين الاصحاب كما ان مساقاة

لله

بعد ظهورها وانتفاء ما فيه العمل المزيد في نموها كما وكيفا كالتأبير فانه اخطار لمن احتاج الى
ما يتعلق بحفظها من الاعمال من جداد ونحوه واما صحتها بعد ظهورها واحتياجها الى
ما فيه المزيد في نموها من حرث وسقي ونحوهما فلا نعلم خلافا والمشهور الصحة للاصل والعمومات
والقطع بالغاء الخصوصية لعدم الظهور بل العمل الصحيحة بعد الظهور اولى لاندفاع معظم الغرر
ولذا صح تعلق البيع بها والاجارة والجهالة فيه هذا هو الاظهر وقيل المنع لورود عمومات الطلاق
في المساقاة اذ الوارد فيها منحصر في قصة خيبر وصحيح يعقوب بن شعيب وهو من قضايا
الاحوال التي لا عموم فيها بل لعله صريح او ظاهر فيما قبل خروج الثمرة وحينئذ فالاقتصار الا
على موضع الايجاب الاجماع والاجماع على الصحة بعد الظهور وفيه ما عرفت من القطع بالغاء
الخصوصية حينئذ وامكان الاولوية وعموم تجارة عن تراض واوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم
ولو يتوسط الشهرة والاعتبار المعتضد لو لا انهما وشمولهما لما نحن فيه قوله ولا بد
من كون الشجر ثابتا ينتفع بثمرته مع بقاء عينه وفيها لو روي كالحنا نظر يعتبر في المساقاة عليه
ان يكون شجرا مثمرا ثابتا في الارض ونعني بالشجر ما له ساق كالنخل وانواع الفواكه فلا يصح
المساقاة على غير الشجر كالزرع والبطيخ والقثاء وقصب السكر والباذنجان وسائر البقول
والنبات وان طال مكثه في الارض سنة او اكثر كالقطن او كان مما يجز مرة بعد اخرى او اكثر بلا خلاف
الا من الشيخ تجويزه في الاخير وهو ضعيف لعدم ما يدل على مشروعية المساقاة في غير الاشجار
من عموم وغيره ومجرد المشابهة للشجر في الانتفاع به مع بقاء عينه لا يبعث على الجواز ولا يصح
على ما لا ثمر له من الاشجار التي لا ينتفع الا باصولها من غير خلاف وفيما يقصد منه الانتفاع بورقه
او ورده كالحنا ونحوه خلاف والاقرب الجواز لكون معظم الثمر لتكرره في كل عام والغلبة لوجوده
في خيبر وعموم المروي عن النبي صلعم انه عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر فانه لا
مراد وان العموم والاستمرار الثمر على صنائع البساتين وفيها ذلك في كل عام فجوز
النخل التي لا ثمر لها وانما لها طلع يصلح كشاب للتلقيح فاشبهه الثمرة ولو قيل بجواز مثل ذلك

منها

بقا لا صالة لكان وجها ولا يصح على غير الثابت من الاشجار المثمرة فلو ساقاه على ودي
بكسر الدال وتشديد الياء وهو الفسيل قبل ان يغرس على ان يغرسه ويعمل فيه بحصة من الثمرة
لم يصح وكذا لا يصح بعد غرسه قبل ان يثبت في الارض اقتصارا فيما على مورد الاجماع فيما لا عموم
فيه ولا اطلاق ولو ساقاه على ودي مغروس ثابت فيه فان قدر مدة العقد بقدر لا يثمر فيها
في العادة او قدر يحتمل الثمر وعدمه مساويا لم يصح ايضا وان اتفق حصول الثمر في تلك المدة
لكون المدار في العوض هنا على مظنة حصوله عادة فلو عمل والحال هذه لم يستحق الحصة ولا ثبت
له اجرة المثل وان قدرها بقدر يثمر فيه عادة ولو بعد سنين مثلا صحت المساقاة مع حصول
الثمرة في ضمن المدة المضروبة او لم تحصل لكون العبرة في المساقاة بمظنة الحصول عادة فلا يقدح
تخلف الثمرة كما لو ساقاه على النخل المثمر في كل سنة ولم يثمر في تلك السنة ولا اجرة للعامل
على هذا التقدير بل يلزم باكمال العمل في تمام المدة وان علم بانقطاع الثمرة في اثنائها كما يجب على
عامل القراض الانضاض وان علم بالخسران وحكي في المسالك عن التذكرة احتمال انفساخ العقد
لو علم في اثناء المدة بانقطاع الثمرة فيها واحتمل في المسالك ان يكون تلف الثمرة هنا كتلف العوض
المعين قبل القبض المقتضي للبطلان ثم نظر فيه وادعى في مفتاح العصر بان الموافق للقواعد
الشرعية الانفساخ بعدم خروج الثمرة لاعتبار العوض في هذه المعاملة وقد انكشف عدمه وجواز
الاقدام ظاهرا اعتمادا على المعتاد لا يقتضي الصحة فضلا عن اللزوم بعد الانكشاف وليس
العوض فيها الثمرة من حيث كونها بدل العوض بل فيها الحصة من الثمرة الحاصلة كما ذكر وانه
انه لو علم ذلك لكان اللازم البطلان وان لم يعلم بذلك الا بعد انتهاء المدة ايضا وان كان الواجب
اجرة المثل لما عمل مطلقا وهو خلاف ما اتفقوا عليه من الصحة وعدم استحقاق شيء على المالك
اصلا والوجه فيه ان المساقاة والمزارعة كالمضاربة ليست من المعاوضات الحقيقية المفيدة
لتمليك الاعيان فعلا وانما تفيد ملك ان يملك الحصة على تقدير وجودها كتمليك
عامل القراض الربح على تقدير حصوله فليس العوض فيها سوى هذه السلطنة وملك ان

عليك وهو متحقق بالغرض وان لم تحصل الثمرة فلا يكون تخلف الثمرة موجبا لانكشاف بطلان العقد
ولذا لم يحتمله احد من الاصحاب سوى ما سمعته من المسالك واما ما عن التذكرة من احتمال
الانفساخ فلا يريد سوى الانفساخ من حينه لمكان التعذر الآتي للعامل بعمله لا انكشاف
الفساد كما هو واضح ما دون تامل **قوله** ويشترط تعيين المدة لا ينبغي عقد المساقاة تعيين
مدة معينة مضبوطة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان فلا تصح مع الاطلاق ولا مع جهالة المدة
وعدم تعيينها للاجماع بقسميه لقاعدة الغرر ولما دل على اعتبارها في الاجارة والمزارعة
فان المساقاة بمعناها وما يحكى عن بعض المخالفين من جواز الاطلاق وصرفه الى السنة
الواحدة تحكم ولا يصح بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج وادراك الثمرة وان كان
هي الثمرة المساقا عليها خلافا للمحكي عن الاسكافي في تجويز التقدير بالثمرة المساقا عليها لحصول
العلم في الجملة بمقتضى العادة ولانها هي المقصودة من اصل العمل وضعفه ظاهر لعدم ارتفاع الغرر
والجهالة بذلك ولا حد في المدة بين قليلها وكثيرها الا ان المعتبر فيها ان تكون مما يحصل
فيها الثمرة غالبا فلو ساقاه في آخر العمل بحيث بقي منه ما فيه مستزاد الثمرة ولو في يوم
او بعض يوم صح ولو ساقاه عشر سنين وكان الثمر لا يحصل الا في السنة العاشرة صح
ايضا اما لو ساقاه سنتين او اكثر على ما لا يحصل منه الثمرة بحيث تلك المدة لم يصح نعم لا يعتبر
ادراك الثمرة في مدة عمل المساقاة على الاظهر فلو انقضت المدة على الا سيما وطلع او بلح
فللعامل نصيبه منها وعلى كل من العامل المالك تعهد نصيبه الى الادراك ولو حدث
الطلع بعد المدة فلا حق له كما نص عليه في التذكرة ولو قيل باستحقاق نصيبه لو استند
حدوث الطلع وظهور الثمرة بعد المدة الى عمله في تلك المدة بحيث لا يحتاج الى زيادة في العمل
لكان وجها اما لو احتاج الى العمل بعد انقضاء المدة فلا اشكال في عدم استحقاقه على
المالك شيئا اصلا **قوله** ويلزم العامل مع الاطلاق كل عمل متكرر كل سنة اي مما
فيه صلاح الثمرة من حرث وسقي وتنقية ارض وتهذيب جريد وتلقيح وتعديل ثمرة

ونحو ذلك مما فيه مستزاد الثمرة واحترز بذلك عما يلزم المالك من الاعمال المبقية على الدوام لحفظ
الاصول كبناء حيطان وحفر نهر وبئر وانشاء دولاب او دالية فان هذا ونحوه مما لا يلزم ١٤٧
العامل بحكم العرف والعادة الآن في اجارة المالك عليه كما يجبر العامل على عمله المختص به
وجهه من النظر الى ما شاركه لعمل العامل في اقتضاء العقد وانه مما يتوقف عليه عمل العامل
الملتزم بالعمل فينبغي الالزام ومن الاصل وبراءة الذمة وعدم التسلط على الاجبار ووضوح
الفرق بين العملين فان عمل العامل مستحق للمالك بمقتضى عقد المساقاة لكونه عوضا عن الحصة
فله المطالبة والاجبار عليه بخلاف عمل المالك فانه وان لزمه بحكم العادة الا انه بحكم
الالتزام بالشروط لا يترتب عليه مع الامتناع سوى التسلط على الفسخ ولعل هذا هو
الاقوى وينضبط ما يختص كل واحد من العملين بالاحتياج الى التكرر في كل سنة غالبا وعدم
الاحتياج اليه كما صرح به العلامة والمصنف وجماعة في الاول عمل العامل والثاني عمل المالك
ويمكن ضبطه بانه ما يتصل به نمو الثمرة وان استتبع حفظ الاصول فهو على العامل وما يتصل
به حفظ الاصول وان استتبع نمو الثمرة فهو عمل المالك والمرجع فيما يختص كل واحد الى
مجاري العادات ولا اشكال مع اتفاقها ومع الاختلاف يلحق كل بلد حكم عادته ولو
لم تكن عادة في بعض الاعمال ومثل لها لو اشتبهت العادة فيه كما في الكشف للتلقيح والزبل
للتسميد والات السقي من بكرة ودلو ورشاء واصلاح طرق الجدران ونحو ذلك مما يختلف
فيه كلمة الاصحاب فلا بد من فيه البيان حين العقد والا تعين البطلان للجهالة والغرر
قوله ولو شرط بعضه على المالك صح لا يجب بعضه لا ريب في ان العامل لا يستحق الحصة
الا بالعمل فاشتراط العمل على المالك يؤدي الى استحقاق الحصة مجانا وهو مناف لمقتضى
العقد اما لو شرط البعض فلا مانع اذا بقي عليه منه شيء فيه مستزاد الثمرة وان قل على
اشكال فيما لو بقي عليه بعض العوامل او بعض الكرسي او الحرث ونحو ذلك مما
فلا يصدق عليه لفظ المساقاة سيما وانه لا عموم فيه ولا اطلاق يحتج به يتناول المشكوك

فيه من الافراد وينقدح الشك في صحتها فيما اذا اشترط الا سقيا وعلى العمل واخذ الاجرة او شرط
ان يعمل الغلام من تمام العمل لانه لكونه بمعنى اشتراط جميع العمل عليه ولو اخل المالك ح بالشرط
حيث يكون سائغا تسلط العامل على الفسخ ولا اجرة له ولو لم يفسخ وكذا لو اشترط عليه عملا
خارجا عن محل المساقاة من بناء بيت او صياغة خاتم ونحو ذلك اذ لا فائدة في الشرط سوى
التسلط على الفسخ كما مر في محله اما لو اشترط المالك على العامل من بعض ما يلزم المالك من
الاعمال صح فكان مؤكدا لمقتضى الاطلاق لا فائدة فيه الا ان يفهم من قرائن الاحوال ارادة
الالزام بذلك العمل واسقاط ما عداه مما يقتضيه الاطلاق وكيف ما كان فلو اخل العامل
بالعمل المشروط ح تخير المالك بين الفسخ والزام العامل بالاجرة كما نص عليه العلامة في التحرير
والمحقق الثاني والفاضل الشارح في المسالك لكون العامل هنا كالاجير الذي يخل
بشيء من العمل المستأجر عليه تخير المستأجر بين الفسخ والالزام باجرة المثل ولا فرق في ذلك
بين صورتي الاطلاق والاشتراط اذ الشرط هنا مؤكد كما بينا فالعمل المشروط مملوك لصاحب
الاصول بعقد المساقاة فاذا فوته العامل لزمه الاجرة لانها قيمة العمل المستحق له بالعقد
فما يظهر من بعض افاضل العصر من التنظير في استحقاق الاجرة هنا بما حاصله ان ثبوت
الاجرة مبني على ذلك العمل المشروط بالشرط على وجه يكون من اموال وهو ممنوع بل غايته التسلط
على الخيار لمجال الغير لعله في غير محله اذ البحث في اشتراط العمل الداخل في جملة اعمال المساقاة
وهو مملوك للمالك بالعقد شرط او لم يشرط كما ذكرنا وليس البحث في اشتراط العمل الخارج عن ذلك
كبناء البيت وصياغة الخاتم المشروط في المساقاة بثبوت الارش للمالك مع حكمه الى كما لا يخفى
ولو حصل نقص في الاصل او في الثمرة بتقصير العامل في العمل المشروط فهل للمالك ثبوت الارش
للمالك مع حكمه بان له الاجرة وفي الجمع بينهما اشكال **قوله** وتعيين الحصة بالجزء الشائع
لا المعين ويجوز اختلاف الحصة في الانواع اذا علماها اي يعتبر تعيين حصة العامل
من الثمرة وكلا لاستحقاقها بالعقد عوضا عن عمله دون حصة المالك لاستحقاقها تبعا

للاصل فلا حاجة الى تعيينها في الاكتفاء بتعيين حصة المالك عن تعيين حصة العامل وجهان
اظهرهما العدم وقد تقرر هذا الشرط لزوم ذكر العوض واختصاصه على وجه الاشتراك بينهما ١٤٨
في نماء الثمرة بطريق الاشاعة لا التعيين فلو اضرب عن ذكر العوض او ذكر عوضا غير ثمرة الاشجار
المساقى عليها من ذهب او فضة او ثمرة شجر اخرى غير المعقود عليها ولو بطريق الشركة
والشيوع بطل المساقاة وحده استحق الاجرة على اشكال فيما لو شرطها المالك لنفسه او للثالث
كما سيأتي وكذا ابطل لو شرط في الثمرة بينهما وبين ثالث كما نص عليه في التذكرة لعدم المقتضي
لاستحقاق الثالث ولانه خلاف المعهود من المساقاة في نظر الشارع ولو جعل للعامل حصة
من غير تعيين كحصة او شيء او جزء او سهم او نصيب بطلت ايضا للجهالة ولا يجوز الحمل على بعض
الفاظ الوصية لفقد الدليل وبطلان القياس ولا بد ان يكون التعيين بالجزء الشائع في نماء
ثمرة الاشجار المساقى عليها قل او كثر كالنصف والربع والخمس والعشر ونحو ذلك فلو ساقاه
بالمقادير المعتبرة بان قال لك مائة رطل ولي مائة وكل لم يصح الا ان يقصد من ذلك الاشاعة
والتنصيف في الثمرة كله ولا يعتبر الا تفصيلا وعلى جزء واحد منها فلو قال لك الثلث والخمس
والعشر صح ايضا لمعلومية الجميع فانه هكذا وان جهل المجموع ولو ساقاه على اشجار مختلفة
كالنخل والزيتون والرمان وغيرها على ان للعامل سهما واحدا في الجميع كالنصف صح من غير
اشكال سواء علما قدر كل واحد من الاجناس او جهلا او علم احدهما وجهل الآخر بل في التذكرة
الاجماع عليه لانتفاء الغرر فيه بقلة عرفا وعادة اما لو فاوت بينهما بان جعل في النخل
وفي الرمان الثلث وفي الزيتون الربع وهكذا صح مع علمهما بقدر كل جنس ولو جهلا
او احدهما فقد جزم في التذكرة بالبطلان وهو ظاهر المصنف والمحقق في الشرائع وغيرهما للغرر
والجهالة لان المشروط فيه اقل الامرين قد يكون اكثر الجنسين ولو ورد في الحصة بان
ساقاه على النصف ان سقى بالناضح وبالثلث ان سقاه بالسايح لم يصح للجهالة وعدم الجزم
وجواز مثله في الاجارة فلو قلنا به فللدليل المختص بها ولو ساقاه على بستانين احدهما

بالنصف الآخر بالثلث فانه عين صح وان ابهم لم يصح وكذا لو ساقاه على بستان واحد
بالنصف وبعضه بالثلث فان قصد التعيين وجب البيان بان يقول على هذا النصف بالنصف
وعلى هذا النصف بالثلث وان قصد الاشاعة صح ولو ساقاه على ان للعامل ثمرة نخلات معينة
والباقي للمالك او بينهما نصفين لم يصح وكذا بعكس على نحو ما اذا شرط الاصوع قدرا معينا
والباقي للآخر وعلى الشركة بينهما فانه يصح ايضا لكونه خلاف المعهود من المساقاة ولانه
ولا اطلاق يجب يشمل المشكوك فيه فيجب الاقتصار على موضع اليقين ولما مر من نصوص
في المزارعة والمزارعة من امكان انه لا يحصل الا ذلك القدر او لا يسلم الا تلك النخلات فيؤدي
الى اختصاص احدهما بالثمرة وهو مناف لوضع المساقاة وروى المنع عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى
عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكانا معينا وللعامل مكانا معينا وهو يقتضيه لما
ذكرنا لكن قد مر في المزارعة مصير الشيخ وجماعة الى جواز استثناء قدر البذر كاستثناء
خراج السلطان ومصير العلامة الى ما نحن فيه من المساقاة ولعل ذلك لعدم العثور على مصرح
بالخلاف هنا مع امكان الفرق بين المقامين بوجود العمومات والاطلاقات الشاملة للافراد
المشكوك فيها في المزارعة وفقدها هنا مع ان استثناء خصوص البذر وخراج السلطان
لا ينافي ما نحن فيه في المقام ولا يدل جواز استثناء ذلك على جواز استثناء غيره مطلقا مع ان
عدم جواز استثناء ما عدا الخراج كما تقدم قوله ويكره ان يشترط رب المال على العامل
مع الحصة ذهبا او فضة فلو وجب بشرط سلامة الثمرة اما كراهة اشتراط المالك على
العامل ذلك مما لا خلاف فيه ولا اعرف على قائل بالمنع هنا وان قيل به في المزارعة نعم
يحكى عن العامة القول هنا بالمنع والبطلان معللين ذلك بانه قد لا يحصل من النماء ما
يقابل الشرط فيتصرف العامل وهو كما ترى لا يصلح دليلا للمنع ولعله منشأ الحكم بالكراهة
مضافا الى الشهرة وظهور الاتفاق مع المسامحة في دليلها الى ان مقتضاه عدم
اختصاص الحكم باشتراط المالك على العامل ولا باشتراط خصوص الذهب والفضة

ولعدم

في المنع الجواز استثناء شيء معين لاحدهما معه فقد يتوهم تقديمه الخلاف فتدبر

ولعدم ذلك نقل الشيخ في المزارعة على كراهة ان يشترط احدهما شيئا على الآخر بعضه من غير الحاصل
وهو عام ويبعد الفرق بينهما بينها وبين المساقاة في هذا الحكم ويمكن حمل العبارة ونقائها
كما في ذكر الذهب والفضة على ارادة التمثيل لا التخصيص وكيفما كان فلا اشكال في جواز اشتراط
غير الحصة مع العموم لادلة الشرط من غير فرق بين ان يكون المشروط عينا او عملا او منفعة الا ما
كان منافيا لعقود الشرع كما لو شرط العامل حصة من الاصول منضمة الى حصة فان الاشهر المنع
لمنافاته لوضع المساقاة ولان تملك من الاصول حصة بالشرط ينافي المساقاة على الجميع لانه
يجعل ايجابا للعمل على العامل في ملك نفسه ولا يصح جعل الثمرة عوضا عما يعمله في تلك الحصة
واحتمال جعل ذلك كالاستثناء من المساقاة عليه لكون المساقاة على ما عدا الاصول وظهر
التي يستحقها العامل بالشرط ويستحق من ثمرتها بعضا للملك بعيد عن ظاهر اللفظ ومخرج له
عن محل العوض واما توقف لزوم الشرط على سلامة الثمرة فلو لم تخرج او تلفت قبل
قبل ادراكها او بعضها لم يجب الوفاء بالشرط فهو المعروف بين الاصحاب بل ظاهرهم الاتفاق
عليه ان كان المشترط هو المالك ويظهر من العلامة وغيره ان الحكم كذلك وان كان المشترط هو
العامل ايضا وعلل الحكم بانتفاء استحقاق احد العوضين بدون ما يقابله والعامل
قد عمل ولم يحصل له عوض فلا اقل من خروجه رأسا برأس وهذا التعليل لا يجري في صورة
اشتراط العامل على المالك لان عوضه وهو العمل قد حصل للمالك وان لم ينتفع به فلذا
المحقق الثاني والفاضل الشارح بالتفصيل اعتمادا على هذا التعليل لكنه عليل في نفسه لانه
الا في صورة عدم خروج الثمرة اعتمادا على هذا اما بعد خروجها وتلفها فقد حصل
العوض واستحقه العامل وان تلف في ملكه بل لا يتم في صورة عدم خروج الثمرة لاستحقاق
على فرض خروجها ولم تخرج الا نفس الثمرة للعامل المعدوم منزلة العقد والعوض حاصل
للعامل على هذا التقدير بمجرد العقد وان انتفت الثمرة وعلل بعض الافاضل الحكم
بان انتفاء الثمرة موجب لفساد العقد وانكشاف العقد بطلانه كما هو القاعدة في جميع

المعاوضات واتفاقا عليه فلا فرق بين الشرطين فان انتفاء احد العوضين في الواقع يقتضي فساد المعاوضة
واتفاقا عليه فلا فرق بين اشتراط المالك على العامل وبالعكس لان الموجب لبطلان الشرط
منحصر لبطلان العقد وهو عجيب فان احتمال الفساد لا يتم في صورة تلف الثمرة في ذلك للعامل
بعد ظهورها مع ان العوض هنا كما عرفته ليس هو نفس الثمرة المعدومة بل استحقاقها وتملك
ان يملكها انفذ بحصولها على نحو عوضية الربح للعامل في المضاربة فلا موجب لدعوى الفساد
المخالف لظاهر اتفاق الاصحاب على الصحة ولذا لم يوجبوا اجرة المثل على العامل هنا فالظاهر ان منشأ
الحكم هو الاجماع على ما يظهر من بعضهم والقدر المتيقن عقلا او شرعا فهو كالشرائط الضمنية الملحوظة
في العقد وعليه فلا فرق بين اشتراط كل منهما على الآخر هذا الكلام في عدم خروج الثمرة او تلفها
اجمع اما لو قصر الخروج عن العادة او تلف بعضها فالظاهر عدم سقوط شيء من الشرط كما لا يسقط
شيء من العمل ولعله مما لا خلاف فيه وان استشكل العلامة في القواعد وعلل الاشكال
في جامع المقاصد بان الشرط محسوب من احد العوضين ومقتضى مقابلته بمجموع احدهما المجموع
الآخر مقابلة الاجزاء بالاجزاء فاذا تلف بعض احدهما سقط ما يقابله من الآخر الا ان
هذا الاشكال لا اثر له في صورة قصور الخروج لان العوض ان كان هو الثمرة فهو ما خرج
منها منها قل او كثر قصر عن العادة او لم يقصر كما لا اثر له ايضا في صورة تلف البعض لحصول
مجموع العوض بعد خروج الثمرة ووقوع التلف في ملك العامل بعد استحقاقه مع ان الشرط
وان كان كالجزء من العوض الا انه خارج عن العوضية وان التزم به في العقد المقابلة
بالاجزاء مختص بنفس العوضين والتوزيع عليهما لا على الشروط على ان التوزيع هنا متعذر
غالبا لعدم امكان معرفة قدر التالف وكم يخرج فلا يمكن معرفة المقابلة هذا ولو جعلنا المنشأ
في سقوط الشرط ما علل به اولا من ان انتفاء العوضين يقتضي سقوط الآخر اما على غيره مما
اشرنا اليه من التعاليل فلا يتم سقوط شيء من الشرط الا بتلف مجموع الثمرة كما لا يخفى
قوله وكلما فسد العقد فالثمرة للمالك وعليه اجرة المثل للعامل لا اشكال في كون

الثمرة

الثمرة باجمعها للمالك لو فسد العقد لكونها نماء ملكه من غير ناقل عنه كما لا اشكال في استحقاق
العامل اجرة المثل ولو لم تكن اكثر من الحصة وكان العامل جاهلا بالفساد ولم يكن الفساد
من جهة اشتراط عدم الحصة لان اجرة المثل هي عوض العمل المحترم المأذون فيه من غير تبرع اما
مع فرض كون الحصة اقل من الاجرة فيحتمل الاكتفاء بقدر الحصة كما يحكى عن التذكرة معللا بانه متبرع
بما زاد على الحصة لو نقصت عن اجرة المثل كما يحتمل عدم استحقاق شيء اصلا لو كان العامل عالما
بالفساد او كان الاشتراط الفساد عدم الثمرة كما هو خيرة جامع المقاصد والمسالك نظرا الى
انه في الصورتين متبرع لا يستحق على عمله شيئا والاظهر ما عليه الاكثر من استحقاقه
اجرة المثل مطلقا لاحترام العمل المأذون فيه وعدم صدق التبرع بمثله لان مدار التبرع عرفا
على قصده او على انتفاء الاذن في العمل وانه لم يقصد ولا ريب في ان المعاملة في مقابلة الحصة
بالعقد الفاسد غير متبرع بشيء من عمله بل جميع عوض عمله عوض عن الحصة من غير فرق بين
ان يكون عالما بالفساد وبنقصان الحصة عن الاجرة او جاهلا بذلك فاذا فرض عدم استحقاق
الحصة لفساد العقد بقي العمل المحترم المأذون فيه بلا مقابل سوى الاجرة كما لا ريب في انه
لا ملازمة بين العلم بالفساد وعدم استحقاق الحصة شرعا وبين قصد التبرع لامكان قصد
تحصيل الحصة بالمعاملة الفاسدة او قصد اخذ الاجرة من غيرها والذهول عن القصد فان
جميع ذلك بعد الاذن يخرج العمل عن حيز التبرع واما اشتراط عدم الحصة فاستحقاق الاجرة فيه
مبني على استفادة طلب العمل مجانا من ذلك وعدمه ولا يبعد فان مجرد نفي الحصة لا يدل على
نفي العوض مطلقا فان نفي الاخص لا يدل على نفي الاعم بل الاعم هنا في محل السكوت غير متعرض
نفي ولا اثبات ومقتضاه ثبوت الاجرة لاطلاق الاذن الذي لا ينافيه التقييد بعدم الحصة
وعدم صدق العمل بنية التبرع وان لا شيء له مطلقا وهو كاف في لزوم الاجرة على العمل
المحترم الآن يفهم من الكلام بقرائن الاحوال ان مراد المالك من نفي الحصة نفي الاجرة مطلقا
كما لو قال ساقيتك على ان تعمل بلا شيء مما هو صريح في طلب العمل مجانا ولا عوض مطلقا فانه

لا تثبت للعامل اجرة حرام ان فسدها ويظهر من بعض الافاضل استحقاقه الاجرة ولو على هذا التقدير
ملاحظا بان الحيثية ملحوظة في المقام فان العامل انما عمل بلا شيء من حيث انه مقتضى العقد الفاسد
ورضي بذلك من هذه الحيثية وهو لا يستلزم الرضا بالعمل في حد ذاته بلا عوض وفيه انا
العقد الذي وقع العامل بمقتضاه معاملة مغايرة لمعاملة الصحيحة يبقى احترام العمل في نفسه
فيستحق الاجرة وهو كما ترى فان العمل الصادر في الخارج عمل واحد في الحيثية في المقام لا
تثبت التعدد فيه لكونها تعليلية لا تقييدية فاذا فرض قصد التبرع به ولو من
جهة كونه ملتزما به بالعقد الفاسد لم يعقل ثبوت الاجرة عليه مع اشتراطها بعدم قصد
التبرع كما هو واضح **قوله** ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة فالاقرب الصحة اما اذا ساقاه
على بستان له بالنصف مثلا وشرط عليه ان يساقيه على بستان اخرى بالثلث او بستانا
العامل على بستان له بذلك ليكون المالك عاملا فيه صح الشرط عندنا كما في التذكرة لعموم
ادلة الشروط وعموم وجوب الوفاء بها بلا خلاف فيه بيننا الا ما يحكى عن ط من المنع كما هو
المنقول لكونه بيعتين في بيعة وقد نهى النبي صلعم عنه ولافضائه الى جهالة الثمن حيث
ان الشرط غير لازم كالوعد وقد حصل في الثمن زيادة او نقيصة بسببه فاذا سقط الشرط وجب
رد الثمن الاصلي وهو مجهول لجهالة ما بازاء الشرط منه وضعفه ظ كمنع الخبر وعدم دلالته
بعد تسليمه على ارادة اشتراط عقد بيع في بيع اخر بل المراد البيع بثمنين متفاوتين بالنظر
الى الحلول والاجل اما مطلقا او لزيادة الاجل وكثرته مع ان الخبر مختص بالبيع فالحاق غيره به من القياس
المحض ومنع تجهيل العوض مع الوفاء بالشرط المعلوم تقديره في نفسه وان كان الشرط داعيا
لزيادته ونقيصته ولان اللازم مع عدم الوفاء به فسخ العقد لا رد ما زاد او نقص بسببه
خلافا واحرى ابن الجنيد الاصحاب في صحة الشرط المذكور لكنه منع من ان يساقيه في عقد
على بستانين احدهما بالنصف والاخرى بالثلث وكانه فسر الخبر المشار اليه على عقد
المبيع والثمن بعقد واحد وهو ما عرفت **قوله** ولو تنازعا في خيانة العامل حلف

لا اشكال

لا اشكال في تقديم قول العامل بيمينه لو ادعى المالك عليه خيانة او سرقة او تفريطا لاصالة
عدم ذلك ولكونه امينا فيصدق في امانته ويحلف اليمين مطلقا وان لم يحرر المالك الدعوى ببيان
مقدار الخيانة خلافا للتذكرة فاعتبر في تحليفه تحرير الدعوى ببيان قدرها خاصة وهو مبني على
عدم سماع الدعوى المجهولة وقد سلف الاصح سماعها فلا تثبت الخيانة الا بالاقرار او البينة فقد ١٢١
تثبت باحدهما لم ترفع يده عن الثمرة اصلا لاستحقاقه الحصة واصالة تسلط المالك على
على ماله وعدم استحقاقه الانتزاع ومنع يده عنه ويظهر من الشرائع احتمال وكانه باعتبار وجوب
حفظ الثمرة على العامل ولا يمكن الحفظ بسبب خيانته الا برفع يده عن الجميع وهو ممنوع لامكان
الحفظ مع بقاء حصته على يده بضم حافظ اليه ولو باستيجاره على الحفظ وفي لزوم الاجرة
على العامل او المالك او هما وجها وسطا من اصل الثمرة وجوه اوجهها الوسط لاصالة براءة
ذمة العامل من لزومها ووجوب حفظ حصة المالك لا يوجب الزامه بالاجرة سواء كان الحفظ
المذكور من احكام الامانة وتحريم السرقة والخيانة او من اعمال المساقاة اما على الاول فظ
واما على الثاني فلان الفرض بذل العامل نفسه الحفظ وانما لم يقنع المالك فالزامه بالاجرة لا
ببينة ما سبق من خيانته ومثله لا يبذل ذلك منزلة الهارب او العاجز في عدم تحمله نعم لو تعذر الحفظ
منه ولو بضم حافظ اليه اجبر ما لو تعذر العامل او عجز عن جواز رفع يده واستيجار نائب عنه لو تعذر
الحفظ الواجب على ذلك وان استشكله في جامع المقاصد نظرا الى ان المالك وان كان له
حفظ ماله ولا يحصل الا برفع يد العامل لكن لا دليل على سقوط حق العامل وان الزيادة على ملكه
وضعا اخر حق المالك ولا على ان مجرد الخيانة يبيح ملحق العمل بالتعذر فيلزم الاجرة طرا
بل ربما كان التعذر بسبب المالك فتكون الاجرة منه فلا دليل على هذا الحكم حيث لا ضرر
ولا اضرار فان ابقاء يد العامل على الثمرة مع ثبوت استمرار خيانته وعدم امكان التحفظ
منها ضرر على المالك كما ان الزام المالك باجرة حفظ الجميع ضرر عليه ايضا لتعذر تمييز
في ان الزيادة العامل فمقتضى الجمع بين الحقين اخراج الاجرة وسطا بين البعض لتكون اجرة

ما يحفظ كل منهما من حصته ويحتمل الزام العامل باجرة تمام الاجرة كما هو ظ ما حكيناه عن
العلامة بناء على ان الحفظ من اعمال المساقاة التي يلزم العامل الاستيجار عليها مع التعذر
منه فان التعذر متحقق بارتفاع يده عن الحصة لمكان حاجة الثمرة لمكان الضرر والحفظ اللازم عليه
بالعقد فيلزمه الاجرة ومع ذلك فالحكم لا يخلو عن اشكال لعدم معلومية كون الحفظ واجبا
على العامل من حيث المساقاة وان عدة الاصحاب في اعمالها التي يلزم العامل بها مع الاطلاق
ولامكان ان يكون واجبا عليه من حيث الامانة سيما حفظ المال من نفس العامل بمعنى عدم
سرقته وخيانته فانه يمكن ان تكون من احكامها وعلى فرض الشك من توابع المساقاة فغاية
ان يلزم باجرة الحفظ الحصة خاصة اما اجبارا على بذل الاجرة لحفظ حصته نفسه ايضا فلا يخلو
عن اشكال **قوله** وليس للعامل ان يساقي غيره هذا المعروف بين الاصحاب بل لا احد فيه الا
ما يظهر من المحكي في المخ من عبارة ابن الجنيد فانها ظاهرة في جواز مشاركة الثاني غيره
بجزء من حصته لان من الاصل اذا عملا جميعا ولا ولاية في المحكي فيه من عبارة ابن البراج على جواز
ان يساقي غيره لا استقلالا ولا تشريكا وظ المشهور عدم الفرق في المنع من المساقاة الثانية
بين اذن المالك بها وعدمه ولا بين ظهور الثمرة وعدمها ويظهر من المخ وجامع المقاصد جواز
مساقاة العامل ان اذن له المالك ويكون بمنزلة الوكيل في ذلك واحتمل في المسالك صحة
المساقاة بعد ظهور الثمرة لا دائما والاقوى المنع مطلقا للاصل بعد انتفاء ما يدل على صحة
مثله من عموم واطلاق ولم الاتفاق بل العلامة صرح بعضهم على المنع في الجملة ودلالة المساقاة على
ما يستفاد من نصوصها وشرائطها معاملة على اصول مملوكة لاحد المتعاقدين على ان يعمل فيها
بحصة من ثمرها فالاصل فيها كالارض في المزارعة وكالمال في المضاربة فكما لا تصح في
اعتبار ملكيتها فكما لا تصح المزارعة في الارض ولا المضاربة بماله فكذا لا تصح المساقاة
على اصول الغير والمساقي لا يملك شيئا من الاصول عينا ولا منفعة وانما هو ملتزم بالعمل
فيها كالاجير وكالمضارب باستحقاقه الحصة وملك ان يملكها بعد العمل وظهور الثمرة فليس

له ان يساقي

له ان يساقي غيره لانتفاء ما هو معتبر في ماهية المساقاة ومن اركانها لا لفقد الاذن من المالك في
المساقاة الثانية فان المانع منها ما ذكرناه لا منافاتها لحق المالك لم ينفع باذنه كما يظهر من
الروضة والمسالك وغيرهما حيث علل المنع بان المساقي انما تسلط على اصول الغير وعملها
الناس يختلفون في ذلك اختلافا كثيرا فليس لمن رضي المالك بعمله وامانته ان يولي غيره من لم يرضه ١٢٢
المالك وجعلا هذا هو الفارق بينها وبين المزارعة التي اجازوا للمزارع ان يزارع غيره فيها
فان عمل الارض فيها غير مقصود بالذات بل غرض المالك حصته وهي حاصلة على التقديرين فان
كان مع لو تم التعليل المذكور لقضى بلزوم المباشرة على العامل ولزوم ما ومنع نقل ما لزمه من
العمل الى غيره بعقد صلح او اجارة ولعله خلاف الاجماع بل المنع منه خصوص عقد المساقاة وما ذكره
غير صالح للمنع منها ولا للفرق بينها وبين المزارعة فان عمل الارض مما يختلف فيه العاملون كثيرا
ايضا بالنسبة الى ما فيه صلاح الارض من قطع الاشجار وتنقية الانهار ونحو الزرع الذي يزرعه فيه
زيد حصة المالك ونحو ذلك فالظ ان الفارق بين العاملين ما مر في المزارعة من ان
المناط في صحة المزارعة ملك الارض عينا او منفعة والعامل فيها مالك لمنفعة الارض بعقد
المزارعة فله ان يزارع غيره عليها كما يزارع عليها من استأجرها للزراعة بعقد لاجتماع شرائط
المزارعة الثانية في عمومها واطلاقها بخلاف الاصول في المساقاة فانها غير مملوكة
للساقي مطلقا وانما العامل كالاجير على العمل وكعامل المضاربة الذي لا يجوز له مضاربة غيره اجماعا
لفقد الشرط كما هو الظ لعدم المقتضي للصحة من عموم غيره فظهر بما ذكرناه بطلان ما قيل من انه يتجه
المساقاة من المساقي مع موافقته للقواعد الشرعية او لا ظهور الاتفاق وبطلان ما في البداية كافي
من جواز التشريك المستلزم لجواز الاستقلال وبطلان ما ذكره في المخ وجامع المقاصد من التفصيل
بين الاذن وعدمها عدما وصحة ورد مع الاذن وكيلا عن المالك في المساقاة الثانية فانه عند
التحقيق قول بالمنع من المساقاة الثانية في صورة المساقاة والا لم تصح الوكالة عن المالك اذ لا معنى
للتوكيل في المساقاة في مساقاة العامل الثانية لم يعقد لازم والتمام ان يكون ذلك بمعنى اشتراط

الخيار في الفسخ للعامل لكونه موكلا من المالك للعامل بعد تحقق على اشتراط مساقاة الغير في الاصول ورجوع الى بطلان المساقاة من المساقي نفسه مع ان الثابت الخيار عن مفهوم من مجرد الاذن في المساقاة والتوكيل بعد اختيار الفسخ بمعلوم الفسخ ايضا لكونه عين مملوك للموكل في هذا الحال واما احتمال في المسألة من الفسخ بعد ظهور الثمرة فمنشاؤه توهم ان الموجب للفسخ في المزارعة كون البذر من العامل وان المناط في تملك الحصة فلو كان البذر من المالك لم ينفسخ المزارعة الناشئة من المزارع كما نقله حاشية السيد العميدي وان الثمرة في المساقاة كالبذر في المزارعة تحسب تحقق ملكها نفس المساقاة عليها والعامل لا يملكها الا بعد الظهور فينفسخ مساقاته بعد ظهورها لا قبله وقد مر في المزارعة ما يبطله بما لا مزيد عليه **قوله** والخراج على المالك الا مع الشرط اي خراج الارض ونوائبها من الشجر على مالكها فلا يجب على العامل شيء الا مع اشتراطه عليه كلا او بعضا لما تقدم في المزارعة حكما ودليلا **قوله** وتملك الفائدة بظهور الثمرة وتجب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب ولو كانت المساقاة بعد تعلق الزكاة وجوزناها فالزكاة على المالك واشتبه السيد حمزة حيث حمل الزكاة على المالك في المزارعة والمساقاة دون العامل مطلقا لاختلاف بينا بين في تملك كل من المالك والعامل الفائدة بظهورها من غير توقف على قسمة ولا بد من الاجماع بل في التذكرة نسبته الى علمائنا مؤذنا بدعوى الاجماع المصرح به في المسالك على عدم تأخر العامل الى بدو الصلاح ومقتضاه حصول الملك للمالك بمجرد الظهور كما هو مقتضى شرطية الحصة المتحققة بالظهور ويتفرع عليه تعلق الزكاة بحصته ان بلغ النصاب لوجود شرط وجوبها وهو حصول النماء وقت الوجوب وهي في ملكه ان وقف العامل قبل ظهور الثمرة ولو وقفت بعدها وجوزناه ثالث الحقت من العامل ما قبض حصة اراد الثمرة فالزكاة على مالك الاصول في المساقاة ومالك البذر في المزارعة لتعلق الوجوب بها وهي في ملكه فلا يسقط الوجوب عنه بنقل الثمرة الى غيره ولا خلاف في الصورتين الا من السيد ابن زهرة في الغنية فاوجب الزكاة على المالك مطلقا دون الاخر وان كانت المعاملة بينهما قبل الظهور معللا بان ما يستحقه عامل المساقاة وغير صاحب البذر اجرة ولا زكاة

في الاجرة

١٧٣

في الاجرة بلا خلاف وقد انكر عليه ذلك ابن ادريس وشنع عليه اعظم التشنيع وادعى انه كان شاذا وعرض بان هذا ليس مذهبا للشيخ بل وانه مذهب ابن الجنيد فلم يرجع عنه الى ان مات لكن العلامة في المختلف قال وما ذكره ابن ادريس موافق لمذهب شيخنا ابي جعفر لكن ما قاله ابن زهرة ليس بذلك البعد عن الصواب واعتذر له في جامع المقاصد قال هو اعلم بما قال والظاهر عندنا انه لا وجه له اصلا الا على القول بان استحقاقهم وتملكهم انما يكون بعد بدو الصلاح وتعلق الزكاة وهذا خلاف ما نقله العلامة عن علمائنا فكيف يكون خلافه قريبا من الصواب انتهى وهو كما قال اذ لا شبهة في ضعف مقالة ابن زهرة ومخالفتها لما علم في الزكاة من ان المعتبر في وجوب زكاة الغلات دخولها في ملكه قبل وقت الوجوب باي سبب كان من ذلك من زراعة او مساقاة او ابتياع او اتهاب او انتقال بارث او نحو ذلك من الاسباب لاطلاق الاخبار او العمومات بل عموم الادلة واتفاق الاصحاب فاخراج ما يملكه العامل من الحصة عن ذلك مما لا دليل عليه الا ما اشار اليه من كونه اجرة ولا زكاة في الاجرة وهو كما ترى لمنع اطلاق الاجرة على ما يملكه من الحصة في المساقاة والمزارعة اولا وان كان شبيها بالاجرة كشبه بعض الوجوه لها في المضاربة لكنها لا تسمى اجرة حقيقة ولا تثبت لها احكامها وعلى فرض اطلاق الاجرة عليها فلا دليل على انه لا زكاة فيها مطلقا وان كانت جامعة لجميع شرائط الزكاة اذ الغرض اجتماع الشرائط هنا في الحصة من حصول النصاب ودخول وقت الوجوب وهي في ملك المالك فاي مانع من تعلق الزكاة بها فلو فرض انه اجر نفسه او ارضه بزرع قبل تعلق الزكاة فلا ريب في وجوب الزكاة عليه في الاجرة بعد انعقاد الحب وحصول وقت الوجوب على نحو ما اذا اشتراه او اتهبه او انتقل اليه بارث ونحو ذلك والفرق بين الاسباب مع لا يقتضيها محتمل ولا نقل والنقل الاتي حكي عن ابن زهرة ان مقالته ما اشتهر في العبارات من ان الشرط في زكاة الغلات تملكها بالزراعة ولحظات العامل او المالك ابن رشد كالاجير وان المزارعة انما هي لصاحب البذر خاصة فقصر وجوب الزكاة عليه لكن قد مر في الزكاة ان مرادهم من التملك بالمزارعة ملك الزرع قبل اوان وجوب الزكاة مطلقا وانهم احترزوا بذلك عما

لو ملك الغلة بعد ظهور وجوبها بشراء او نحوه ولذا اجمع المعتبر في بيان الشرط بين التملك بالزراعة والانتقال اليه الى ملكه قبل انعقاد الحب فلا يلحظ من الغريب انتصار بعض افاضل العصر لمقالة ابن زهرة وحملها على انه ربما يلحظ في نفي الزكاة هنا عن الاجرة عدم تمامية الملك فيها باعتبار عدم استحقاقه تسليمها الا بعد تمام العمل لان التمكن من التصرف شرط في تعلق الزكاة ولحظات وجوب الزكاة بعد المؤنة وعمل المقابل لها هنا مؤنة فاحتسابه يؤدي الى سقوط الزكاة عن الاجرة المذكورة وهو كما ترى فان عدم استحقاق التسليم شرعا انما يبعث على نقصان الملك قبل تسليم من له الامتناع في تقبيضه اما لو سلم باختياره فقد اسقط ما له من حق الامتناع وارتفع نقصان الملك وحصل التمكن من التصرف لارتفاع مانع عدم القبض حينئذ والعامل فيما نحن فيه من زارعه كان او ساقاه مسلم للاصول والسنبل والثمر جميعا باذن المالك وبيده مستبقيه على ذلك بل يقدم انه لا يد للمالك عليه حتى نقل عن بعض المخالفين انه لا يصح اشتراط يد المالك مشاركة للعامل في اليد لانه قد يمنع العامل من العمل فاذن لا مانع للزكاة في الحصة من هذه الحيثية ولا يقدح عدم التمكن من بعض التصرفات من حيث الشركة والا سقطت الزكاة عن حصة المالك ايضا وهو خلاف الاجماع واما دعوى ان عمله مؤنة بمعنى ان اجرة مثله من المؤن الخارجة قبل الزكاة فيعرف ما فيه مما سلف مخصصه في كتاب الزكاة من ان المؤن عبارة عما يغرمه الزارع من الاموال لتحصيل الزرع ولا بد فيها من عمله بنفسه ولا بعوامله ولا فرق في ذلك بين مالك الارض وغيره نعم حصة العامل بنفسها مؤنة بالنسبة الى المالك كحصة السلطان لا زكاة عليه فيها واما بالنسبة الى العامل فلا يعد عمله بنفسه ولا بعوامله مؤنة بالنظر الى الحصة بخلاف ما لو استاجر غيره او عوامل غيره فان الاجرة محسوبة من المؤنة المستثناة فيها على انه لو سلم احتساب العمل من المؤنة فغايته استثناء اجرة المثل من المحصل الحصة فاذا وجد زيادة بها على اجرة المثل وجب اخراج الزكاة من الزائد ان بلغ النصاب او مطلقا بناء على المختار من احتساب المطلب النصاب قبل اخراج المؤنة فلا ينبغي اطلاق القول بان حصة العامل لا زكاة فيها مع ان هذه المحامل لا تعين لكلام ابن زهرة

فانه انما

١٧٤

فانه انما منع من الزكاة في الحصة من حيث كونها اجرة لا من حيث عدم اجتماع شرائط الزكاة فيها ولعل بفقدان الشرط لا ينفي الخلاف عن سقوط الزكاة عن الاجرة كما هو غير خفي على المتتبع **قوله** والمغارسة باطلة ولصاحب الارض قلعه وله الاجرة عن الارض لطول بقائه فيها وله نقص بالقلع ضمن او شرو لو طلب كل منهما ما لصاحبه بعوض لم يجب على الاخر اجابته اما بطلان المغارسة وهي دفع الارض الى العامل ليغرسها على ان الغرس بينهما فلا خلاف فيه بين اصحابنا من غير فرق بين ان يكون الغرس من مالك الارض او من العامل ولا بين ان يدفع صاحب الارض او يشترط العامل ليغرسها او يدفع صاحب الغرس بينهما ولا بين ان يشترط دافع الغرس ان الثمرة خاصة بينهما او الغرس ايضا لاصالة الفساد في غير العقود المعهودة المعلومة في الكتب الفقهية لضعف دلالة اوفوا بالعقود على شمولها لجميع الافراد الانواع الاخر اعتبرت والا لكان الخارج اكثر من الداخل فلذا كان كالمجمل لا يؤخذ منه الا بالمقطوع به من الانواع وما هو بحكمه من المشتهر بالشهرة ونحوها ثم انه مع فقد المعاملة بينهما فان كان الغرس لمالك الارض فالجميع للمالك وعليه اجرة عمل العامل ان كان جاهلا بالفساد لما عرفت غير مرة من ان العلم بالفساد لا يقتضي التبرع بالعمل وانما عمل لتحصيل العوض الفاسد فاذا لم يسلم له لزم عوضه وهو اجرة المثل واحتمال لزوم نصف اجرة المثل نظرا الى انه كان يغرس نصف الغرس لنفسه فلا يستحق المالك على مالك الارض الجميع ضعيف لانه لم يرض بهذا العمل الا ان يحصل له نصف الغرس فاذا لم يحصل له استحق تمام الاجرة على العمل وان كان الغرس من العامل فهو له كما ان الارض لمالكها لا يستحق بقاءه فيها ولا باجرة الا مع التراضي بينهما فلو طلب مالك الارض شراء الغرس لم يجب على المالك اجابته لاصالة عدم جواز الاكراه والاجبار وحق كل منهما مختص بملكه عن سلطة الاخر فان قلع الغرس صاحبه فلا شيء على المالك بل يلزم الغارس طم الحفر وقلع العروق وارش ما نقص من الارض بسبب القلع كما يلزمه اجرة مثله ما مضى من بقاء الغرس في الارض مطلقا وانما قلعه مالك الارض فله اجرة الارض لما مضى وعليه ارش ما ينقص من الغرس بسبب قلعه مطلقا عالما كان بالفساد او جاهلا او بالتفريق على

ما يقتضيه اطلاق الفتاوى ويظهر من الفاضل الشارح التأمل في ثبوت الاجرة والارش للعالم
ولعله بالنظر الى الارش في محله ان كان المالك الارض جاهلا لكونه العامل باعتقاد علمه بالفساد
ظالما للمالك مع جهله منصرفا في ارضه بغير حق فيكون بمنزلة الغاصب ويندرج مثله
في عموم قوله ليس لعرق ظالم حق اما بالنظر الى الاجرة فلا موجب للتأمل سوى توهم لزوم التبرع
في صورة العلم وقد عرفت فيما تقدم فساده والمراد من ارش الغرس هنا حيث يلزم المالك
على ما ذكره الفاضل الشارح تفاوت ما بين قيمته في حال ثبته على الوضع الذي هو عليه
وهو كونه في حال غرسه باقيا باجرة ومستحقا للقلع للقالع بالارش وكونه مقلوعا لا تفاوت
بين قيمته قائما مطلقا او مقلوعا اذ لا حق له في البقاء ليقوم بتلك الحال ولا تفاوت ما بين
قيمته قائما بالاجرة ومقلوعا المستحق لفوات وصف الاستحقاق للقلع بالارش ولا تفاوت
ما بين قيمته قائما مستحقا للقلع بالارش ومقلوعا لفوات وصف كون القيام بالاجرة والان
تتفاوت بتفاوت الاوصاف وقد يتوهم ان الغارس لا حق له في قيام الغرس في الارض مطلقا لا
مجانا ولا باجرة الا تبعا لملك اخرى ويزاحم حق يد وح فليس وصف القيام من توابع ملك
الغارس حتى يكون قلع المالك معوتا له عليه فلا وجه لتقويمه قائما ولو باجرة بل ينبغي تقويمه
مجردا عن وصف القيام قبل قلعه وبعده فان لم يختلف الحال في قيمته فلا ارش وان كان نقص
بالقلع فان المعتبر التفاوت ما بين قيمتها في حد ذاتها قبل الغرس وبعد قلعه منها الا ان
يدعى ان الغرس بعد قيامه ولو بالمعاملة الفاسدة صار بحيث له قابلية البقاء ولو بالاجرة
ولو مع التراضي فان هذا من جملة الاوصاف التي تختلف بها الاثمان وهو تابع لمالك الغرس
فيؤخذ التفاوت ما بين قيمته كذلك ومقلوعا وهو بعيد محل تأمل قوله ولو اختلفا في الحصة
حلف المالك وفي المدة يحلف المنكر انما قدم قول مالك الاصول في الحصة وان كان مدعيا
لزيادتها في حصته لاصالة تبعية الثمرة للاصول فلا يخرج الا منها الا ما اقر به بمجرده ايضا
فقدم قول منكر زيادة المدة بعينه لاصالة عدم استحقاق الزيادة وبراءة ذمته من العمل ولكن

ينبغي

ينبغي تقييده دعوى المدة القليلة بما يمكن تحصيل الثمرة فيها والا فالاقدم قول مدعي الزيادة تحكيما
لاصالة الصحة ونفذ بما المدعيها على مدعي الفساد ويجيء في الدعويين ما مر في المزارعة عن
175 قال المحقق الثاني من احتمال التداعي ولزوم التحالف والاقوى خلافه كما عرفت قوله كتاب الاجارة
وهي العقد على تمليك المنفعة المعلومة بعوض معلوم الاجارة بالكسر وقد تضم لغة بمعنى
الاجرة كما نص عليه كثير من الفقهاء واللغويين وليست مصدرا لآجر لاستقامة فيه الايجار
وقد نقلت في عرف الشرع الى ما ذكره المص وغيره في تعريفها من العقد على تمليك المنفعة
المعلومة بعوض معلوم وان كان في جملة العقد عليها نوع مسامحة اذ الظ في اسماء
المعاملات باسرها بيعا كان او اجارة او غيرهما انها بمعنى اثر العقد وهو النقل لا الانتقال
ولا نفس العقد الذي هو مجموع الايجاب والقبول كما اوضحنا ذلك في البيع فليلحظ ولا يرد
على التعريف انتقاض طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم ولا بالبيع المستلزم لانتقال
المنفعة فيه تبعا للعين او المجعول فيه المنفعة ثمنا ولا بالوصية بالمنفعة ولا بجعلها
صداقا ولا بالسكنى والعمرى ونحوها لخروج ما عدا البيع بقيد العوض لما سبق التنبيه عليه
من ان القيود المأخوذة في الحدود انما يقصد التزام المحدود بها وعدم انفكاكه عنها
وان لم يصرح بذلك ومن المعلوم ان العوض غير ملتزم به فيما خلا البيع من الصلح وغيره
بل يمكن الاحتراز عما عدا السكنى وتوابعها بقيد المنفعة لعدم اختصاص الصلح والوصية
بنقل المنافع كما ان من المعلوم اختصاص البيع بنقل الاعيان وانتقال المنفعة تبعا لكمال
لا يستلزم نقلها بالبيع بل هي منتقلة شرعا بحكم التبعية فان من ملك شيئا باحد الا
سباب ملك نمائه وثمراته المتجددة تبعا وان لم تنقل اليه بذلك والمنفعة كانت العين
المجعول اجرة في الاجارة لا تقتضي صدق انها تمليك للاعيان اذ المدار في العقد في الغرض
هنا على المعوض لا على العوض والمراد من المنفعة في الحد ما تقابل العين كما هو المتبادر
منها اذ لا تتعلق الاجارة بالاعيان وان صدق اسم المنفعة الا ما قام عليه الدليل كاللبن

في استيجار المرضعة وماء البئر وماء الحمام تبعا لاستيجار الدار والحمام مع امكان ان يكون
متعلق الاجارة في ذلك غيرها من المنافع وان توقف استيفاؤها عادة على اتلاف الاعيان
المذكورة على ما اذا استأجر سكنى الدار وركوب الدابة فتقضا فيها بالتصرف فان ذلك لا
يوجب نقل العين بعقد اجارتها والظ ان المنفعة وان لم تكن من الاعيان فهي من الامور الوجودية
لا العدمية ولذا تكون مضمونة وتقع ثمنا في البيع وغيره فتمليكها بعقد الاجارة ليس تمليكا
للمعدوم كما قيل ولا من تمليك ان يملك بل المنافع فانها كالاعيان مستوفاة منها وان لم
يكن استيفاؤها الا شيئا فشيئا فما عن بعض من المخالفين من انكار مشروعية عقد الاجارة
لعدم وجود المنفعة ودخولها في الغرر المنهي عنها وفي مقابلة ما دل على مشروعيتها
من نص الكتاب والسنة والاجماع وما قضى به الوجدان من اعطائها حكم الاعيان الموجودة
في الضمانات والمعاوضات قوله وايجابها اجرتك واكريتك او ملكتك منفعتها
سنة فلو ولو نوى بالبيع الاجارة فان اورده على العين بطل وان قال بعتك سكناها
مثلا من الصحة وجهان الكلام في ايجاب الاجارة وقبولها على نحو ما مضى في البيع من العقود
اللازمة الى ايجاب وقبول من اعتبار حصولهما باللفظ العربي الماضوي الصريح فلا يكفي بغير
اللفظ من الافعال الا بطريق المعاطاة والا باجر ويكتفي باشارة الاخرس وبغير العربية
مع التعذر ايضا لاندراج ذلك في عموم الامر بالوفاء بالعقود كما قيل والا لجاز ذلك مع امكان
التلفظ بالعربية بل لسيرة الجاحظ واتفقا والاجماع على الاكتفاء مع التعذر وقد يلف
في العقود المراد منه من العقود في الاية ما كان معهودا متداولا في زمن الشارع فيحكم
التبادر ودونه قوم حفظا بالمشاهدة وفهم الاصحاب ولذا اعتبر فيها اللفظ والعربية
والماضوية والصراحة وعدم التجوز وعدم اللحان والمقارنة بين الايجاب والقبول و
الترتيب ونحو ذلك مما يكشف عن كون المنشأ عدم التعويل على ظ العموم والا لبطل اشتراط
ذكره اذ لا دليل عليه بل على عقود مخصوصة غير معلومة بالخصوص فوجب الاقتصار على المتيقن

المتيقن

المتيقن منها لاجمالها وعدم ضبطها وخلو النصوص عن بيانها وح فالمقطوع به من صيغ الاجارة
ايجابها اجرتك واكريتك بل ربما نسبها الى المعين بان يقول اجرتك الدار مثلا فلو قال اجرتك منفعة
الدار لم يصح لعدم ورود استعمالها الا بالاضافة الى العين ونحن في التحرير جواز ذلك على
176 ان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع او العين قال فان قلنا بالاول جاز ان يقول اجرتك
منفعة داري وصار المنع من الكرار فان الجواز المذكور فرع صحة الاستعمال وهو لعدم ثبوت
مع ان مفهوم اجرتك تمليك المنفعة فلا يصح تعلقه بنفس المنفعة بل بالعين لاجل استيفائها
وما اشار اليه من الخلاف ناش مما توهمه بعض المخالفين من ان المنفعة معدومة فلا يصح
ان تكون متعلقا للعقد وكلاهما لا ينبغي عليه ما ذكر بل هو نزاع لفظي كما حققه في التذكرة فان
الجميع متفقون على ان العين لا تملك بالاجارة ولا على ان المعقود عليه العين لا كتفاء الاستيفاء
المنفعة وعلى ان الحق متعلق بالعين لاستيفائها فلا يسلمها واستيفائها فاذن لا فائدة في
الخلاف مع ان الحق في المعقود عليه في الاجارة هو المنفعة لان المعقود عليه ما يستحق بالعقد
وهو المنفعة كما يكشف عنه تحديدها فلو كان ذلك موجبا لصحة اضافة الايجاب اليها لصح
تعلقه بها ولم يجز تعلقه بالعين اصلا وهو خلاف الاجماع وهو نعم حكى في التذكرة عن بعض
العامة جواز اضافة الاجارة الى المنفعة بان يقول اجرتك منفعة وانه يكون صوابا من التأكيد
كما لو قال بعتك عين هذه الدار او رقبتها وردت بان العرف لا يقال البيع يتناول الدار وعين
ورقبتها بخلاف الاجارة التي لا تنساق الى المنافع وهو في محله واما ملكتك فالظ عدم الاكتفاء
به في الايجاب وان اضيف الى المنفعة لاعتباره من الاجارة ومجازيته لو علم بالقرائن ارادتها
وعدم معلومية تداوله ومعهوديته في الخطاب واولى منه بالمنع ما لو عبر بالبيع في تعريف
الاجارة وان اضافه الى المنفعة فان التجوز بذلك عن الاجارة غير معلوم معهوديته حتى لو قلنا
بصحة الايجاب بالمجازات القريبة لاشكال الحال في جواز مثله من المجازات المستنكرة ولم
يتعرض المص لصيغة القبول للاكتفاء بكل ما دل عليه من الالفاظ كقبلت ورضيت واستأجرت

ونحو ذلك **قوله** وحيث لا ضرر من الطرفين لا ريب في لزوم عقد الاجارة من الطرفين لاصالة عدم
التسلط على الفسخ ولعموم وعموم اوفوا بالعقود والاجماع بقسميه وقد تقدم معناه في اجارة
الاعيان بالتصرف بالعين المخصوصة وبالاجرة ولا يلزم في اجارة الاعمال الا بالتصرف فيها بالاجرة
فلو عمل بعض العمل قبل الفسخ فانه يتصرف بالاجرة وللاجرة المثل لما عمل او من الاجرة بالنسبة فيحتمل
ويحتمل في اجارة الاعيان عدم اللزوم بالتصرف لكون المنافع معدومة فلا يتحقق القبض للتصرف
بما استوفى منها الا ان ظاهر الاصحاب ان المنافع المقدرة بحكم الموجودة وان تقبض العين وتسلط
بان اللازم من ذلك انه لو تلف العين قبل مضي ما يسع الانتفاع بها لزم العقد في استحقاق
الاجرة وهو الغنوي والمسئلة محررة في كلها ثم قلنا فيها والحظ **قوله** ولو تغصبها البيع
لم يبطل الا سواء كان المشتري هو المستاجر او غيره العقد المتجدد والناقل بيعا كان او غيره لا يبطل عقد
الاجارة السابق عليه ولا يبطل عقد الاجارة بلا خلاف بين اصحابنا للاصل وعموم الوفاء
بالعقود وانتفاء المنافاة بين الامرين فان متعلق الاجارة هو المنفعة المخصوصة ومتعلق
البيع او العتق ونحوهما ما عداها فلو ابيع اجير عبد ثم اعتقه في اثنائها نفذ العتق
ولم يبطل الاجارة لان العتق انما يتناول ما يبقى ملكا للسيد بعد ازالة ملكه عن المنافع
مدة الاجارة وكذا الحال في البيع واحتمال بطلان البيع لعدم القدرة على تسليم المبيع مدة
الاجارة ضعيف لمنع صدق التعذر عرفا بعد ان يكون الى امد وهو انقضاء المدة مع انه لا يتاتى
فيما لو كان المشتري هو المستاجر كاحتمال بطلان الاجارة بدعوى ان ملك الرقبة كما يمنع ابتداء
الاجارة يمنع استدامتها على نحو ملك الرقبة لابتداء النكاح واستدامته وهو فيحتمل التمنع بل
فيما يمنع الفارق مضافا الى ان المحال فيه للاصل وغيره الاجماع والاخبار الخاصة كالصحيح لا
ينقض البيع الاجارة ولا السكنى والاخر عن استاجر ضيعة فباع المؤجر تلك الضيعة بحضرة
المستاجر ولم ينكر البيع وكان للمشتري ولد هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت
او يثبت في يد المستاجر فكتب يثبت في يد المستاجر حتى تنقضي اجارته وغير ذلك من الاخبار

المتناولة باطلاقها في بعضها لما اذا كان المشتري هو المستاجر فلا اشكال ولا خلاف والظاهر انه لا خيار
للمستاجر ببيع المالك الرقبة على غيره لعدم الضرر عليه بعد كون العين في يده نعم لو فرض انه لم
يستوف منفعتها مع بقاء العين في يد المالك فانه احتمال الخيار ببيعها ونقلها الى مالك اخر
لاحتمال الضرر باختلاف الايدي لانه لم يوجب بقائها في يد البايع الى انقضاء مدة الاجارة ثم
نعم يثبت للمشتري الخيار مع جهله بالاستيجار وان كان هو المستاجر حيث يعرض جهله بانه
او لعدم مباشرة احد العقدين او كليهما بنفسه بل بوكيله فله فسخ البيع امساك العين مسلوبة المنفعة
مدة الاجارة مجانا من غير ارش لعدم كونه من خيار العيب بل هو كخيار الوصف خيار مستقل بر
لقاعدة الضرر ولو كان عالما بها لا فسخ له فلا خيار وان جهل مدة الاجارة واحتمل البطلان البيع
مع جهل المدة لجهالة البيع ح ضعيف ولو انفسخ عقد الاجارة باحد اسبابه عادت المنفعة الى
البايع لكون المبيع ما عداها واحتمال تبعيتها للعين بعد زوال المانع ضعيف جدا ولو كان
العين المستاجرة حيوانا فنقصت بعد البيع على المشتري ولو اعتق فنفقته في بيت المال
قوله وعذر المستاجر لا يبطلها كما لو استاجر حانوتا فسرق متاعه اما لو عم العذر كالثلج
المانع من قطع الطريق فالاقرب جواز الفسخ لكل منهما كما لا تنفسخ الاجارة بترك المستاجر الانتفاع
بالعين المستاجرة اختيارا فكذا مع العذر المانع من الانتفاع كمرض او خوف طريق او سرقة متاع
ونحوها من الاعذار المختصة بالمستاجر ولا يثبت له بذلك خيار الفسخ من غير خلاف الا من
العلامة في التحرير فحكم ببطلان الاجارة فيما لو استاجر جملا للحج فمرض او حانوتا للبيع والشراء فيه فحرق
او سرق فيه وحكاه عن ابن الجنيد البراج معللا بطلانها بتعذر استيفاء المنفعة وهو كما ترى
مع انه حكى ذلك في التذكرة عن ابي حنيفة واصحابه محتجا على تعذر الانتفاع بالعبد الابق
ورده بان العذر في الابق لا حق للمعقود عليه لا للعاقد كما فيما نحن فيه وهو في محله فان
العذر في العبد متحقق متعلق بنفس العين يخرج لها عن صلاحية الانتفاع بخلاف سرقة المتاع
ومرض المستاجر فان العين باقية صالحة للانتفاع بها فيستصحب اللزوم ولو اختص العذر

بالمؤجر كمرض او خوف ونحوه يمنعه من الخروج ونحو ذلك فلا خيار له قولا واحدا وان ثبت للمستاجر
بذلك الخيار ولو عم العذر كالثلج المانع من السير او ابراء القرس المستاجر على ظهره او الخوف المانع
من السفر او الحبس المانع من كنس المسجد فقد قرب المص جواز الفسخ لكل من المتعاقدين وهو تخيير المنفعة
المنفعة المخصوصة المقصودة جنسا او شرعا مثل العمل الاولى انفساخ العقد لو علم بتعذر تمام
لكونه بحكم التلف اما مع احتمال التمكن ولو من بعضها في اثناء المدة فالخيار وح فان فسخ رجع
الاجرة مع عدم استيفاء شيء من المنفعة وما بحكمه من مضي زمان يمكن فيه الاستيفاء وان بقي
الى انقضاء المدة فان تمكن من استيفاء البعض سقط من الاجرة بالنسبة والا انفسخ العقد **قوله**
ولا يبطل بالموت الا ان تكون العين موقوفة ما اختاره المص من عدم بطلان الاجارة بالموت مطلقا
مؤجرا كان الميت او مستاجرا هو المشهور بين المتاخرين بل عليه عامتهم كما يظهر من المسالك ظ وما
لجمع من القدماء كالاسكافي والمرتضى وابي الصلاح بل عن السرائر ان عليه المحصلين وفي الروضة اكثر
الاصحاب لم يعتبروا البطلان وقيل بالبطلان مط وهو مذهب الشيخين واتباعهما بل في الشرائع
انه المشهور وفي الخلاف والغنية دعوى الاجماع عليه وقيل يبطل بموت المستاجر دون المؤجر وهو
خيرة ابن طاوس ولم ينسب الى احد غيره على التنصيص الا انه قد حكاه جملة من المصنفين وعن ظ
انه بعد ان نسب البطلان مط الى اصحابنا قال والاظهر عندهم ان موت المستاجر يبطلها وموت المؤجر
لا يبطلها وفيه خلاف وهو كالمنافع وعن البراج ان عمل الاكثر من اصحابنا على ان موت المستاجر
هو الذي يفسخها لا موت المؤجر وقيل يبطل بموت المؤجر دون المستاجر ولم ينقل هذا القول
سوى العلامة في التذكرة فقد نسبه الى بعض علمائنا وظ المص في غاية المراد انحصار الاقوال
في الثلاثة المتقدمة وان الرابع لم يقل به احد ولا يبعد في شذوذ هذين القولين الاخيرين
سيما الاخير منهما وموضع الخلاف ما اذا لم يكن المستاجر مشروطا عليه الاستيفاء بنفسه او الاجير
مشروطا عليه مباشرة العمل بنفسه وما اذا لم تكن العين المستاجرة وقفا اذ لا ريب في البطلان
بموت المستاجر والاجير المخصوصين لتعذر المنفعة والعمل وكذا بموت المؤجر اذا كان موقوفا

عليه لتعلق حق البطون اللاحقة بالعين وكونه كالفضولي بعد انقضاء المدة الا ان يكون ناظرا فيؤجرها للمصلحة البطون
فتلزم الاجارة لكونه كالنايب وكيف كان فالمختار عدم البطلان مط لانتقال المنفعة الى المستاجر
والاجرة الى المؤجر بعقد الاجارة والاصل البقاء واللزوم ولان الاجارة من العقود اللازمة التي من
شانها عدم الانفساخ بالموت لعموم اوفوا بالعقود ولاطلاق ما ورد وخصوص الاجارة منها لكن
لا نزال الى الوقت الذي ذكره الصحيح ابن يقطين وغيرها من غير تفصيل بين الحيوة والموت ولما
رواه في الكافي في الصحيح عن علي بن مهزيار عن ابراهيم ابن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن
وسالته عن امراة اجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجارة في كل سنة عند انقضائها
لا يقدم لها شيء من الاجارة ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلث سنين او بعدها هل يجب على
ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت ام تكون الاجارة منقضية بموت المراة فكتب ان كان
لها وقت مسمى لم يبلغ فلورثتها تلك الاجارة فان لم يبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه او نصفه
او شيئا منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت بناء على ان المراد من الوقت المسمى مدة
الاجارة وان المراد من قوله وان لم يبلغ مدة بيان للشرطية الاولى لا مقابل لها وان قوله ع
بقدر ما بلغت بمعنى ان الورثة تعطى بالنسبة ما بلغته المدة والا فمقتضى الصحيح اعطائها بقدر ما
لم يبلغ الا ان المنافي في دلالتها محال لا واسعا القوة احتمال دلالته على البطلان بان يكون المراد
من الوقت المسمى هو النجم المضروب لاخذ الثمرة الاجرة وهو المعبر عنه بالوقت في السؤال وح فيبقى
قوله فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت على ظاهره اي يعطى الاجرة الماضية دون
الباقية وهو كناية عن البطلان ولذا اعرض الاصحاب عن الاستدلال به لعدم وضوح دلالته وان ادعى
العلامة الطباطبائي في المصابيح ان دلالته على الاول اظهر الا ان فيما ذكرنا البدين مع اعتضاد الصحيح
المذهب وقواعده كفاية في اثباتها سالما عن المعارض عدا ما استند اليه من نقل الشيخ وابن
زهرة الاجماع على البطلان وان المستاجر قد استحق استيفاء المنفعة في ملك المؤجر وبموته
ينتقل الملك الى الورثة والمنافع متجددة في ملكهم فلا يتسلط استيفاؤها اذ لا يجوز استيفاء

لتعذر

ما لو كان بحمله ملك المؤجر فتنفسخ الاجارة بموت المؤجر لتعذر المنفعة كما تنفسخ ايضا بموت المستأجر
الاجرة كذلك لانه ربما كان غرض المؤجر تخصيص المستأجر بالاستيفاء والحال كما ترى لمنع الاجماع
بعد مصير جمع من اساطين المتقدمين وعامة المتأخرين عدا من شذ الى الصحة سيما بعد ما سبق
عن طائفة ظاهره التدافع وكون المسئلة خلافية وان الاظهر عند الاصحاب اختصاص البطلان بموت
المستأجر دون المؤجر وانه لا يبقى معه وثوق بما نقله من الاجماع على البطلان بموت كل منهما فيقوى
تنزيل دعوى الشيخ في الخلاف الاجماع على البطلان على ارادة ما يفيده من القواعد والاخبار
التي اشار اليها في كلامه والا فليس في ذلك الاخبار عين ولا اثر كما اعترف به العلامة
وغيره ولا استبعاد في ضعف ما اشير اليه من الاعتبارات التي قال في الشرائع انها تستخرج وعنى بذكرها
ونقضها اسرار علل فانها لها وبالمعصوم الآمن عصمه الله نعم وذلك لانه ان اريد من استحقاق المستأجر
المنفعة في ملك المؤجر ما هو ملكه حين العقد فمسلم والغرض حصوله وان اريد ما هو ملكه حين
الاستيفاء فممنوع اذ لا ملازمة بين ملك العين وملك المنفعة ولذا جازت اجارة الارض
من شخص وبيعها من آخر وجاز الايصاء بالمنفعة وانتقال العين مجردة الى الوارث وغير ذلك
وبتبعية المنفعة للعين انما هو مع عدم سبق التصرف الملزم بالمنفعة والا فيقضي بقصر المالك
فيها وانما تنتقل العين الى الوارث مجردة عنها اذ لا يرث الوارث الا ما هو ملك المورث حين
الموت ولا ينتقض ذلك باجارة العين الموقوفة لان ملك البطون يتلقى من الواقف لا من البطن السابق
والواقف لم يملك الموقوف عليه عينا ومنفعة الا مدة حيوته فلا ينفذ تصرفه في المنفعة بازاء ذلك
على ذلك واما الاجرة فلا منافي استحقاقها في ملك المستأجر انتقال التركة الى الوارث متعلقا
بما حق المؤجر اذا لم يكن دفعه قبل ذلك كالدين واما احتمال ارادة استيفاء المستأجر بخصوص
فلا يوجب الاختصاص من غير شرط ولا ينقيد بذلك الاطلاق ولذا يرث الوارث المنافع والاعيان
والحقوق وبما ذكرناه يظهر ضعف القولين بالتفصيل **قوله** وكلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه
تصح اعارته واجارته احترز بذلك عما لا يمكن الانتفاع به الا باتلافه كالطعام والشراب والشمع
ونحوها

كلامه انما استحقها من مال المستأجر وبالموت تنتقل التركة الى الورثة ح

١٧٩

ونحوها فانه لا يجوز اعارتها ولا اجارتها لاشتراك العارية والاجارة في اعتبار كون المورد عينا ينتفع بها
مع بقائها ولعل المراد بما يصح الانتفاع به ما كان من الاعيان المملوكة والا لانتقض بالحر فانه يصح
اجارته ولا تصح اعارته وينعكس هذا الضابط لنا في الاجارة والاعيان عارة وفي الروضة انه
ينعكس في الاجارة كليا دون الاعارة لجواز اعارة المنحة مع ان المقصود منها هو اللبن لا تبقى عينه ولا
يصح اجارتها لذلك وفيه ان الجواز اعارة المنحة لا ينافي صدق كلما يصح الانتفاع به مع بقاء
عينه تصح اعارته وكلما تصح اعارته يصح الانتفاع به مع بقاء عينه فان عين المنحة وهي الشاة
باقية والاتلاف متعلق بمنفعتها وهو اللبن وعدم جواز اجارتها لا لذلك بل لان المنفعة
فيها عين لا يصح نقلها بعقد الاجارة كالشجر الذي لا يصح استيجاره لتحصيل الثمر نعم يرد النقض
بالمنحة على ما اشتهر في ضابط الاجارة ونقل عليه الاجماع من ان كل ما صح اعارته صح اجارته
بناء على ان المنحة من العارية ولو قلنا بكونها نوعا من الهبة فلا اشكال مع انه يمكن ان يعم
اجارتها ايضا لما ذكرناه من الضابط المدعى عليه الاجماع او يعم ان المراد من الضابط ان كلما يصح
اعارته بحسب مقتضاها اذا شرعا صح اجارته فلا ينافيه خروج المنحة عن مقتضى العارية بالدليل
كما خرجت الاجارة عن مقتضاها في جملة من الاعيان المتلفة بعقد الاجارة كاستيجار
المرضعة والصباغ والبئر والحمام ومحل الضراب وان حاول جملة من المحققين بقاء الاجارة على
مقتضاها في ذلك وصرف استيجار المرضعة الى اعمالها البدنية من ضم الطفل
القابل للتدي وعصره وايصال اللبن الى جوفه ونحو ذلك في الصباغ بجعل الاستيجار على
تلوين الثوب في الصبغ فيكون الاجارة الاجرة مبذولة في مقابلة العمل لا عين اللبن والصبغ
ايضا وصرح في التذكرة بدخول اللبن على جهة التبعية ومنع من استيجار البئر مستقلا و
اجاز اخذ الماء من بئر الدار المستأجرة لاعادة ودخول الماء بالتبعية ونحوه الكلام في الحمام
ولا فائدة مهمة في تحقيق بقاء الاجارة على مقتضاها في ذلك وعدم بقائها بعد قيام الدليل
على الجواز **قوله** منفردا او مشاعا تجوز اجارة المشاع كالمقسوم بلا خلاف اجده

فتعد

بين الاصحاب بل في التذكرة عند علمائنا اجمع وانما ينسب الخلاف في المشاع الى بعض المخالفين
لتوهم عدم القدرة على تسليم المنفعة لحق الشريك وهو ممنوع والا لما جاز بيعه واعارته والقول
بان الانتفاع يمكن بتراضيهما بالمهاياة او برفع الامر الى الحاكم فيؤجرها عليهما وموضع الاشتباه
ما اذا اجر احد الشريكين حصته لاجنبي فلو اجر المالك نصف داره مشاعا او اجر الشريكان
معا او اجر احد الشريكين لشريكه صح من غير اشكال لامكان التسليم قطعا نعم لو اجر الداران
لكل واحد نصفها بعقد واحد نرجح عليه الجواز ايضا والمنع على ما عرفت ولا اوثق في صحة
اجارة المشاع بين علم المستأجر بالاشاعة وجهله ويثبت له الخيار مع الجهل العيب الشركة ثم
قوله ولا يضمن المستأجر العين الا بالتعدي فيها او التفريط العين المستأجرة امانة بيد المستأجر
لا يستوفي حقه منها فلا يضمنها بدون مباشرة الاتلاف او تعد او تفريط بناء على عموم نفي الضمان
عن الامانات وقد سلف في العارية التأمل في ثبوت العموم المذكور دونه بل مقتضى عموم على اليد
ما اخذت تناول الامانات وغيرها لعدم المنافاة بين الائتمان والضمان الا ان يدل على انتفاء
دليل من اجماع وغيره كما فيما نحن فيه فان الاجماع بقسميه منعقد عليه والنصوص مفهوما
ومنطوقا فيه به صحيح ابن قيس عن ابي جعفر ع قال قال امير المؤمنين ع ولا يغرم الرجل اذا
استأجر الدابة ما لم يكرهها او يبغها غائلة وصحيح علي ابن جعفر عن اخيه ع في رجل استأجر
دابة فاعطاها غيره فنفقت ما عليه قال ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها وان لم
فليس عليه شيء وما ورد في الاخبار من ضمان من تعدى بالعين المستأجرة كخبر ابي ولاد
الوارد في البغل وخبر الحسن الصيقل وغيرهما من الدلالة مفهوما على انتفاء الضمان مع عدم
التعدي فلا اشكال في امانة مدة الاجارة واما بعد انقضائها ففي الشيخ والاسكافي
ضمانها مع تأخيرها وعدم المبادرة الى ردها الى الصبر وقد تقدم بعد المدة امانة شرعية غير مأذون
في امساكها فيجب ردها الى المالك فورا فلو اخر كان متعديا والاشهر عدم الضمان الا مع طلب
المالك ومنعه من غير عذر لمنع اندراجها في الامانات الشرعية لكونها مقبوضة باذن المالك
وان كان

١٨٠

وان كان الغرض استيفاء الحق منها مدة الاجارة فلا يجب ردها قبل ومع وجوب الرد تحمل مؤنته
على الامانة في الامانات الشرعية ايضا سيما في مثل ما نحن فيه مما هو مقبوض باذن المالك وان
انقطع لعارض بل لا يجب على الامين سوى التخلية بين المالك وبينها متى طلبها فان امتنع من
التخلية لغير عذر كان بمنزلة الغاصب في الضمان **قوله** ولو شرط ضمانها لزم فسد العقد لما فسد
العقد لفساد الشرط والحكم بفساده هو المشهور استنادا الى منافاته لمقتضى عقد الاجارة
المبني على عدم ضمان العين وعلل بالتذكرة بان ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضمونا كما ان
ما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بالشرط وهو كما ترى فان ضمان العين وعدم ضمانها من الاحكام
واللوازم الخارجة عن ماهية العقد فلا يكون اشتراطه منافيا لتسبيبه بل منافيا لمقتضى اطلاقه
فلا يمتنع تقييده عملا بعموم وجوب الوفاء بالشرط ودعوى ان ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط
مضمونا مصادرة مع انه منتقض بالعارية المشروط ضمانها اذ لا خلاف في صحة اشتراطه نصا
وفتوى كما ان ما يجب ضمانه ينتفي ضمانه بالشرط ايضا كما سلف من صحة اشتراط سقوط الضمان
في عارية الذهب والفضة بل سقوطه ايضا فيما اشترط السقوط مع التعدي والتفريط كما نقله
في العارية فليلحظ وحاول بعض افاضل العصر بطلان شرطية الضمان في المقام وان كان مشمولا
لعموم الشروط بان هذا العموم معارض بعموم سقوط الضمان عن الامانات وبينهما العموم من وجه
الرجحان لعموم الامانات من حيث الاعتضاد بالاصل والشهرة في المقام وهو متجه لو ثبت
عموم لفظي دافع للضمان عن جميع الامانات ولم نقف عليه وما ثبت من الاجماع او الاستقراء
او بعض النقل لا يفيد دفع الضمان عن جميعها في جميع الحالات ولو مع اشتراطه فيها
في عقد لازم وحيث لم يثبت اجماع على بطلان الشرط هنا فلا كان الاخذ بعموم الوفاء بالشرط
متجها كما جنح اليه المقدس الاردبيلي والفاضل الخراساني والسيد في الرياض وغيرهم **قوله**
ويجوز اشتراط الخيار لهما او لاحدهما نعم ليس للوكيل او الوصي فعل ذلك الا مع الاذن او ظهور
الغبطة لا خلاف بين اصحابنا في جواز اشتراط الخيار لكل من المؤجر والمستأجر من غير فرق

بين متعلق الاجارة بعين معينة او في الذمة حلافا لبعض المخالفين فمنع من اشتراطه ان كانت على
معين بناء منه على ان الخيار ما نع من الانتفاع فيؤدي اشتراطه الى الضرر بترك الانتفاع في
اغلب مدة الاجارة وضعفه ظاهر فان الخيار لا يمنع من فسخ العقد لا التاجيل المنفعة فلا يفوت شي
منها وكما يدخل الاجارة خيار الاشتراط فكذا خيار الشرط وهو ما يثبت لعيوبه وكذا خيار العيب
والغبن والتوصيف والرؤية وتبعيض الصفقة وكلما يثبت في البيع من الخيارات المستندة الى غير
العقد دون ما يثبت فيه لورود النص كخيار المجلس وخيار الحيوان وخيار تاخير الثمن على تامل
في الاخير لاحتمال كون الضرر فيه من ادلته ايضا واما عدم جواز اشتراط الخيار من الوكيل
بدون اذن الموكل ومن الوصي بدون الغبطة فلا اشكال لعدم اقتضاء الوكيل على ما اذن به
الموكل صريحا او عادة ولان تصرف الوصي منوط بالمصلحة والاذن بعقد الاجارة لا يتضمن
الاذن باشتراط الخيار صريحا ولا عادة فلا يملكه الوكيل كما انه لا مصلحة في اشتراط الخيار
عليه غالبا فلا يصح اشتراطه من الوصي الا مع فرض وجود المصلحة فيه والظاهر ان ذلك حيث
المؤجر اذا كان وكيلا او وصيا للمستاجر على نفسه او لده وللمستاجر اما اذا اشترط لنفسه
فلا اشكال في جوازه حيث يكون وصيا لظهور الغبطة فيه وكذا الوكيل على الظاهر لان اشتراطه
على الموكل خاصة اصلح له ولعود عليه بالنفع من غير ضرر يعتبر اصلا بل هو كالاجارة
او البيع باذنه من ثمن المثل او المعين فيكون منها ولا لاذن عرفا وعادة ويمكن الاداء
من منع الوكيل او الوصي عن اشتراط الخيار خصوص ما كان عليهما كما قد يرشد اليه في الروضة
ولا ما كان لهما خاصة وان كان اطلاق العبارة منافيا له ايضا وعليه فلو اشترط احدهما
الخيار لنفسه او للموكل جاز الفسخ من الوصي مع ظهور الغبطة به ولا يجوز الفسخ من الوكيل
الا مع الاذن من الموكل لان الوكالة على عقد لا تقتضي الوكالة على فسخه نعم لو فرض توقف تحصيل
الماذون فيه على الفسخ كما لو استاجر او اشترى عينا معينا او باع او آجر معيونا فان
التصحيح واستيجاره والبيع والاجارة بثمن المثل يتوقف على الفسخ فيجب تحصيلا لما

وكل

متعمدا

وكل فيه فان الاذن بالشي اذن في لوازمه بل لو ترك الفسخ في مثله لعد في العرف مقصرا
لتفويت ما وكل به فيه فيكون الفسخ ماذونا فيه عرفا وعادة وهكذا الحال بالنسبة الى ما
يثبت من خيار الرؤية او التوصيف او الشركة او تبعيض الصفقة وغيرها فانه متى لزم من ذلك كون
المعقود عليه بخلاف ما اذن وكل فيه ثبت الخيار وجاز للوكيل الفسخ كما بينا ولكن الوجه
حصول ما بذل الاكثر من ثمن المثل في مدة الخيار معه مجلسا كان او غيره كالخيار الاشتراط فالظاهر
جواز فسخ الوكيل به تحصيلا للاكثر من غير تجديد الاذن من الموكل بل لا يبعد وجوبه كما لو اتفق قبل
العقد حصول باذل لاكثر من المثل واخر لاكثر منه فانه لا يجوز الا مضا وعلى ثمن المثل مع تمكنه من الزائد
فكما لا يجوز ذلك قبل العقد فكذا في مدة الخيار لصدق التمكن من الزائد ولو لم يشترط الفسخ
للماذون فيه عادة وتعارفا قيل بعدم ان وصم للوكيل لكونه تكسبا جديدا للموكل فلا
يلزم الوكيل فيه والاظهر ما عرفت ولتفصيل الحال في المسئلة مقام اخر عسى ان ياتي في الكلام
بعون الله وتوفيقه **قوله** ولا بد من كمال المتعاقدين وجواز تصرفهما المراد من كمال
المتعاقدين بلوغهما وعقلهما ومن جواز التصرف رفع الحجر عنهما بسبب سفه او فلس او حجر
او مرض ونحو ذلك واشتراط الكمال انما هو لصحة العقد في نفسه فلا عبرة بعقد المجنون
ولا بعقد الصبي وان كان مميزا وبلغ عشرا واذن له الولي على الاشهر الاظهر على نحو ما مر في
البيع ويظهر من الشرايع التردد هنا في عقد المميز الماذون فيه من وليه مع جزمه بالمنع
في البيع ولا فارق بينهما واما جواز اشتراط التصرف فانما هو لنفوذ العقد ايضا فلو ارتفع
بالاذن او الاجازة صح ولزم وقد المصنف هنا اشتراط الاختيار والقصد وانه واجبهما
او احدهما بالكمال لا يخلو عن اشكال وقد تقدم في البيع ما يدل على اشتراط ذلك كله في
عقد البيع وغيره فلا موجب للاطالة باعادته فليلاحظ **قوله** ومن كون المنفعة المقصودة
من العين والاجرة معلومتين والاقرب انه لا تكفي المشاهدة في الاجرة عن اعتبارها
كما يجب العلم بالعوضين في البيع فكذا في الاجارة لما في الخبر من الاجماع على بطلانها بالجهالة

ولعموم النهي عن الغرر والمخاطرة ولانها معاوضة لازمة على المغابنة فلا بد من ما يرفع
انتفاء الغرر عن العوضين كالبيع حتى توهم بعض المخالفين انها نوع منه وان اختصت بنقل
المنافع فلا اشكال في اعتبار المعلومية فيهما في الجملة الا ان معرفة المنفعة المقصودة من العين انما
تتحقق في نفسها بتعيين العين ومشاهدتها او توصيفها حيث تكون غائبة او بتحقيق الذمة
بالاوصاف المعتبرة في السلم وما لا ينضبط الا بالاوصاف ولا يصح السلم فيه كالعقار لا يصح موردا
للاجارة في الذمة بل يعتبر تشخيصه ومشاهدته مع الجهل او تعذر النقض العين ولو اطلق
مع التعدد والاختلاف ولا قرينة ففي البطلان او الحمل على الجميع وجهان اظهرهما الثاني ولا بد
في معلوميتها ايضا من معرفة قدرها كما سياتي واما الاجرة فمعرفتها كمعرفة الثمن في البيع
فان كلما صح ان يكون ثمنا صح ان يكون اجرة وبالعكس فان كانت الاجرة منفعة ايضا كاجارة
دار بمنفعة دار اخرى او بخدمة عبد فطريق معرفتها ما عرفت وان كانت عينا فان لم تكن من
المقدرات اكتفى بمشاهدتها او توصيفها بما يرفع الجهالة وان كانت من المقدرات فلا بد من
التقدير كيلا او وزنا او عدا كما في ثمن المبيع لما مر فيه من عدم ارتفاع الغرر او المخاطرة
في المقدرات عادة بدون التقدير الا مع فرض تعذر العادة او اختلافها فيما يجب الا ومنها اولا ممكنة
او كان المقدر مسكوكا بسكة المعاملة كالدراهم فيكتفى بالمشاهدة او العد على حسب ما جرت
العادة به لارتفاع الجهالة والغرر بهما فيها ولا يكتفى بالمشاهدة في المقدرات بدون ذلك
في بيع ولا اجارة على المشهور بين الاصحاب ولا خلاف فيه في ثمن المبيع الا ما حكيناه عن الشيخ
وظاهر الاكتفاء بمشاهدته مطلقا وعن المرتضى من الاكتفاء بمشاهدته في ثمن السلم لكن الاكتفاء
بها في الاجرة منسوب الى الشيخ والمرتضى وجماعة من المتاخرين ومنهم المحقق في الشرايع
ويظهر من المصنف هنا انه اقرب وان كان على ما اقرب مع جزمه في ثمن المبيع بعدم الاكتفاء بالمشاهدة
فقد يظهر انه للاجارة خصوصية في الاكتفاء فيها بهذا القدر من المعلومية بمشاهدة الاجرة
والظاهر انه لا خصوصية للاجارة بل المشاهدة فيها كغيرها لا ترفع الغرر والمخاطرة في العوض اذا كان

من المقدرات

من المقدرات كما سبق توضيحه فيه **قوله** وتملك الاجرة في البيع بالامر به عليه **قوله** وتملك بالعقد لا خلاف
في تملك الاجرة بنفس العقد الجامع لشرائط الصحة كتملك المنفعة به ايضا الا ما يحكى عن ابي حنيفة
من انه لا يملك المؤجر الاجرة ولا المستاجر المنفعة بالعقد لكون المنفعة معدومة فلا يملكها
الا شيئا فشيئا فكذا الاجرة المقسطة عليها فيكون العقد عنده مفيدا للملك ان يملك الا باطلا
من اصله كما يحكى عن بعض العامة وقد سبق المنع من كون المنفعة معدومة بل هي متحققة مع العين
تابعة لها فعلا ما دامت موجودة وان لم يكن استيفاؤها الا تدريجا فاضيها ومستقبلها
واحد ولا موجب لا زوال القول بتاخر الملك الى وجودها الا فضائه تاخر المسبب عن وجود
السبب على انه لا مانع من عقل المعدوم المنتهي للوجود وصحة تنزيله منزلة الموجود بعد قيام الدليل
كما لا مانع من تملك الاجرة بالعقد لو فرض امادته مثل سلطنة المالك الى المستاجر في تملك ما
يتجدد من المنافع لعدم خروجه بذلك عن عقود المعاوضة وضمانة القاضية بانتقال العوضين لا
للنقل فيه كما لا يخفى **قوله** ويجب تسليمها بتسليم العين المؤجرة وان كانت على عمل فبعده
قد يتوهم من العبارة وغيرها انها حق سبب الى مذهب الاصحاب الزام المؤجر والاجير بتقديم تسليم العين
المؤجرة واتمام العمل وليس كذلك بل المراد من وجوب التسليم هنا انه لو بذل المؤجر العين وقبضها
او بذل الاجير العمل استحق حينئذ المطالبة بالاجرة هذا مما لا اشكال فيه ولا خلاف ولا
فحكمهما بالنظر الى متابعتهما عن البدء بالتسليم باق على ما تقتضيه عقود المعاوضات من
التزامهما بالتقابض وغيره او العوضين لا خصوصية للاجارة ولا دليل على استثنائها ويبقى
ان فيما ذكره المصنف على ان تسليم العين المؤجرة موجب لاستحقاق المطالبة بالاجرة فانه مبني
على ان قبض العين قبض لمنفعتها ويشكل بما فات الملكهم لحكمهم بانفساخ العقد بعد قبض العين
بتلفها قبل استيفاء المنفعة كلا او بعضا اذ لا موجب لذلك سوى عدم المنفعة لكونه من التلف
الحاصل قبل القبض ولا يبعد القول بان القبض حقيقة لا يتحقق الا بالاستيفاء وجميع احكام
القبض من تلف وغيره منوطة عليه سوى المطالبة بالاجرة فان تسليم العين فيها مغن عن القبض

للاجماع وبغلة الغابض وفي المنفعة التي هي بذلك بحيث الحصول وتضرر المؤجر باستيفائه منفعة
قبل دفع الاجرة مع احتمال الموت والعوت كاف في ثم انه جما الظاهر المعتم من لزوم تسليم الاجرة بمجرد
اكمال العمل فانه صحيح حيث لا يتعلق العمل بعين للمستاجر كالاستيجار على صلوة او صوم او حج ونحوها
فان الفراغ منها كاف في استقرار الاجرة اذ لا قبض له سوى ذلك وكذا لو تعلق العمل بعين للمستاجر
في يده كبناء جدار وبئر او ثوب في بيته ونحو ذلك لحصول العمل مقبوضا اما لو تعلق بعين دفعها
الى الاجير ليعمل فيه كثوب يخيطه او يصبغه او يقصره ونحو ذلك ففي الاكتفاء في استحقاق المطالبة
بالاجرة بمجرد اكمال العمل او توقفه على تسليم العين للمستاجر وردها اليه خلاف بين الاصحاب
فظاهر المحقق في الشرائع الاول وفي القواعد لا يجب تسليمها اي الاجرة الا بعد العمل وهل يجب تسليمه
الاقرب ذلك وبه جزم المحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهما وبني بعض المتأخرين الخلاف
على ان مورد الاجارة هو العمل والصفة الحاصلة للعين من صبغ وقصارة وخياطة ونحوها
فعلى الاول يجب تسليم الاجرة بمجرد اكمال العمل ولا يتوقف على تسليم العين وعلى الثاني لا يجب
التسليم الا بالتسليم اذ لا قبض للصفة الا بعد قبض الموصوف وقد يتفرع الخلاف انه لو اتلف الاجير
العين بعد العمل قبل تسليمها ضمن العين معمولا فيها مع دفع الاجرة على الاول ويخير بين ذلك
وبين ضمان العين مجردة من الصفة مع عدم دفع الاجرة على الثاني وكذا لو تلف العين بيد
الاجير بعد العمل من غير تفريط فانه يستحق الاجرة على الاول دون الثاني كما يتفرع عليه جواز
حبس العين لقبض الاجرة على الثاني دون الاول لكن العلامة في القواعد حكم بضمان العين لو
حبسها الصانع ليستوفي الاجرة ومقتضاه المنع من حبسها وهو بظاهره مناف لما اختاره
من جواز حبس الاجرة قبل تسليم العين ووجهه في جامع المقاصد بان العين ليست موردا للعقد
وانما يحبس لمحله منه لحبس الصفة فينبغي ضمانها جمعا بين الحقين وهو جيد فان جواز الضرر
بمال الغير للضرورة لا ينافي الضمان نعم لا يضمن سوى العين مجردة واما الصفة فمضمونة ضمانا
معاوضيا لا بد وما قيل منه ان المحبوس معه محبوس بحق فلا يتعقبه الضمان في حق

المنع

١٨٦ المنع لان النسبة انما هو جوازه مع الضمان لا مطلقا على نحو الاذن في اخذ مال الغير وحمل داره في محل
الاضطرار وكيف كان فالذي يظهر انه لا خلاف في ان مورد الاجارة هو العمل الذي يترتب عليه الصفة
لا نفس الصفة التي هي اثر العمل فلا يتصور تفريع الخلاف في توقف دفع الاجرة على تسليم العين الى
المستاجر وعدمه على ذلك وانما مبناه على ان معنى قبض المستاجر من الاعمال كالقصارة والصبغ
والخياطة هل يتحقق بمجرد ظهور الاثر في عين المستاجر التي هي ملكه فيكون كاتيان التسليم او يتوقف
على تسليم العين وردها الى المستاجر والاظهر هو الثاني اذ لا يصدق قبض العمل عرفا في مثل ما لو كان
مع حبس العين التي قد عمل تلك الاعمال المترتبة عليها تلك الصفات ولا فرق في الصفة بين ان
تكون عينا كبعض اجزاء الصبغ او اثرا محضا كالقصارة والخياطة لكن في التذكرة انه لو دفع الثوب
الى الخياط فخاطه او الى القصار فقصره ثم تلف الثوب فان لم يكن الاجير منفردا باليد بل عمل
في ملك المستاجر او بحضرته لم تسقط اجرته وان كان منفردا باليد كما لو قصر القصار في منزله
منفردا عن المالك فان قلنا ان القصارة عين سقطت اجرته وان قلنا انها اثر لم تسقط الاجرة
ومقتضاه التفصيل بين ايقاع العمل في ملك الاجير او في ملك المستاجر كما هو المحكي عن الشيخ في
المبسوط مبنيا منه على ان ما وقع في ملك المستاجر بحكم المقبوض في يده وهو في محل المنع كما ان مقتضاه
بناء على الخلاف على ان القصارة عين او اثر وفي ما حكاه في جامع المقاصد عن المصنف في بعض
حواشيه ان الظاهر ان مرادهم من كونها عينا انها بحكم العين وملحقة بها في المالية والمعاوضة والمولوية
كونها اثرا ولذا لا يملكها الغاصب ولا يشارك بها المالك في الثوب المغصوب او ان ذلك لا يخرجها
عن كونها منفعة يترتب عليها الحكم والعين والاقباض كما نبه على ذلك كله في جامع المقاصد
تنبيهان الاول انه لا اشكال في جواز تسليم المستاجر الاجرة قبل العمل او قبض العين اذا كان
مالكا اما اذا كان وصيا او وكيلا ففي التذكرة المنع من تسليم الاجرة قبل العمل او قبض العين الموجرة
الا مع الاذن صريحا او بشاهد الحال وقرائن الحكم في الوصي جوازا او منعا منوط بالمصلحة
فاذا اوصى من وجودها جاز له تعجيل دفع الاجرة وان كان الغالب انتفاؤها مع التعجيل ولما ان

فان عمد وكالة استيفاء العمل وقبض العين الموجرة لم يجز له التسليم حتى يتسلم لان للموكل حق الامتناع
من التسليم قبل العمل ولم يأذن للوكيل باسقاطه وان اختصت بالاستيجار ودفع الاجرة لم يجب عليه
الامتناع منه ومنعها حتى يتسلم الموكل على الاظهر بل اطلاق الاذن فيه يدل عليه ظاهرا في الاذن بتعجيل تسليمها
وعدم التوقف بانتظار ايجاد كما لو وكله على الشراء ودفع الثمن فانه مقيد دون قبض المبيع ولعله مطلق
مندرج في شاهد الحال الذي اشار اليه في التذكرة **الثاني** لا فرق بين الاعمال في عدم وجوب تسليم
الاجرة قبلها الا اذا كان هناك شرط او عادة جرت لها الشرط في تقديم الاجرة كما في الحج الموقوف
غالبا على بذل الاجرة كلا او بعضا على حسب ما جرت به العادة من التأخير والتعجيل ولا خصوصية للحج
في ذلك كما يحكى عن ظاهر بعضهم بل كلما توقف على الاجرة من الاعمال كان الاقوى التعجيل للنصوص باللزوم
مع عدم من قد دل على تسليم العمل ولحاقا لغير الشرط الضمني في المقام **قوله** ولو ظهر فيها عيب فللاجير
الفسخ او الارش مع التعيين اذا ظهر في الاجرة المعينة عيب سابق على العقد فلا خلاف في ثبوت
الخيار للاجير والموجر فسخ العقد وامساكها بالارش كما في ثمن المبيع لقاعدة نفي الضرر والضرار وثبوت
ذلك في البيع بعد فهم المماثلة والقطع بالغاء الخصوصية ولو بمعونة فهم الاصحاب وحكمهم بالتعدية
الى سائر المعاوضات على الخلاف المسوغ لاسقاط الخيار وقد سلف في البيع ما ينفع به في المقام
فليلحظ وينبغي تقييد الاجرة هنا بما اذا لم تكن منفعة والا فحكمها حكم المستاجرة اذا ظهر فيها عيب
سابق وستسمع ما فيها من الخلاف في الارش **قوله** ومع عدمه يطالب بالبدل لعدم تعيين المعيب
وقبل له الفسخ وهو في ما ان تعذر الابدال اي مع عدم التعيين بان كانت الاجرة مضمونة في الذمة
فانه ليس له فسخ العقد لعدم تعيين المعيب فيه واما ان ابدله بما يحصل به فراغ الذمة من الاجرة
الكلية المضمونة فيها بل احتمل عدم جواز الفسخ وان تعذر الابدال لكون الحق مضمونا في الذمة والعوض
المقبوض لم يتعلق به العقد فلا يكون عيبه موجبا للفسخ بل ينتظر حتى يتمكن منه او يعدم مفا
وهو ضعيف لتضرره بتعذر عوضا ويكون الاسقاط ضررا منفيا فلا مناص عن الخيار بالاسقاط
على الفسخ مع ظهور الاتفاق عليه وثبوت الفسخ في نظائره انما مع امكان الابدال فقد ذهب

جماعة

١٨٤ جماعة منهم المحقق في الشرائع الى تخييره بين الفسخ والمطالبة بالعوض والامساك بالارش الاتي وجهه
اختياره في الصرف لكن العلامة في القواعد والمحقق الثاني والمصنف والفاضل الشارح ذهبوا الى التخيير
بين المطالبة بالعوض والامساك نظرا الى ان المدفوع ليس هو المعقود عليه وانما محله الذمة ودفع
العوض وقبضه مع التراضي كالمعاوضة الثانية عنها في الذمة والاطلاق انما ينصرف الى الصحيح فاذا لم يرض
بالمعيب يتسلط على العوض تبرعا مع الحق في الذمة لا موجب لفسخه وعندها الشرائط البيع انصراف العوض ولان
لم يكن هو المعقود عليه الا انه يتعين كونه العوض بالقبض والتراضي كما يتعين كونه عوضا بتعذر غيره وقال
لا يجوز للاجير الاستبدال بعد القبض بعد التراضي الا بالمعاوضة بغير عيب لانه باعتبار وجوه الكلي
في ضمنه كان قبضه قبضا لما في الذمة لعدم امكانه بدون توسط الفرد الا ان الدافع كان مخيرا
بين الافراد التي يتحقق في ضمنها وبالتعيين وقبض الفرد يتخصص الحق فيه وان كان بمعاملة
ثانية فاذا ظهر معيبا تسلط على فسخ كل من المعاملتين اما الاولى فلكونه هو الاجرة لحلول اما في
الذمة فيه ولو رضي بامساكه على عيبه لم يكن للدافع ابداله بغيره واما الثانية فلان التراضي
بالفرد انما حصل بشرط الصحة فله فسخ الفردية لظهور المعيب فيعود الحق الى الذمة فاعليه المحقق
والجماعة ولعله الاكثر وهو الاظهر **قوله** ولو جعل اجرتين على تقديرين كنقل المتاع في يوم بعينه
باجرة وفي يوم اخر باجرة اخرى او جعل احدهما على الخياطة الرومية والاخرى على الخياطة
الفارسية فالاولى بالصحة لا ريب في ان الجزم معتبر في عقد الاجارة وسائر العقود فلو ردد
منفعتين باجرة واحدة او بين اجرتين لمنفعة واحدة بطل العقد للابهام وعدم التعيين والجزم
العزم والجهالة اما لو ردد بين اجرتين لمنفعتين على ان لكل منفعة اجرة معلومة نحو ما اشرنا
اليه اذا لم يتم من نقل المتاع في يوم بعينه باجرة وفي غيره بغيرها والاجرة على الخياطة الرومية
بدرهمين وعلى الخياطة الفارسية التي بدرهم واحد فالاشهر البطلان
ايضا لا تحاد العقد وابهام المعقود عليه فانه يرجع الى تمليك احد المنفعتين باحد
الاجرتين وهو يزيد بدرجة الجهالة ولا يرفع تعيين الاجرة بازاء كل منفعة الحق العقد بالجهالة

والترديد بعد وضوح اتحاد محلهما مفهوما بتعددها وهذا هو الأكثر وعلى عليه الحلي وأكثر
المتأخرين الا ان المحكي عن الشيخ في الخلاف والمبسوط الصحة وهو اختيار المحقق في الشرائع بعد التردد
منه في المسألة الاولى والمصنف هنا وظاهره في التذكرة ايضا استنادا الى الأصل ودعوى انتفاء مانع
الجهالة الا ان كلا من الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخرج عن احدهما والى ان ابي موسى ثم
والى ورود هذا ما يجري مجرى ذلك في النصوص كموثق الحلبي قال كنت قاعدا عند قاض وعنده
ابو جعفر جالس فجاءه رجلان فقال احدهما اني تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعا
الى بعض المعادن فاشترطت عليه ان يدخلني يوم كذا وكذا لانها سوق اخاف ان يفوتني فان
احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا وانه حبسني عن ذلك
اليوم كذا وكذا يوما فقال القاضي هذا شرط فاسد وفّه كراه فلما قام الرجل اقبل الي ابو جعفر
فقال هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه والحمل كما ترى فان الاصل لا يعارض ادلة النهي عن
الجهالة والغرر ومعلومية كل من المنفعتين والاجرتين لا يرفع الترديد بينهما والابهام
المؤدي الى جهالة المعقود عليه منهما وعدم خلو الواقع منهما لا ينافي عدم المعلومية حين
العقد واما ابي موسى ثم فهي ظاهرة في كون الاجل الثاني وعدا واحسانا لا اجارة مع انها
ليست مما نحن فيه بل هي من الترديد في الاجل مع اتحاد الاجرة ولا خلاف في بطلانه لو كان بطريق
الاجارة واما الموثق المذكور فهو وان عمل به الاكثر الا ان الفرق بينه وبين ما نحن فيه ظاهر
فان مقتضى النص تعيين الاجرة والعمل وهو المنافاة بدفع في يوم بعينه وانما اشترط عليه انه لم
يفعل ان ينقص من اجرته شيئا وهو امر خارج عن اصل العقد لا مانع من اشتراطه فيندرج
في عموم المؤمنون عند شروطهم من غير فرق بين ان يكون النقصان المشترط موافقا للتقسيط الذي
يقتضيه نسبته المدة ولا مخالفا او انقص منه بخلاف ما نحن فيه فان الناقص من الاجرتين لجهة
معقود عليها مرددة بينها وبين غيرها ولو على تقدير وهو تعليق وابهام وجهالة وغرر
فلا مناص فيه عن البطلان ومن لم يعرف بين الصورتين في لزوم الجهالة كالمحقق الثاني وغيره

حكم

حكم بالبطلان فيهما والتزم باطراح الخبر المذكور او حمله على الجعالة ولا وجه لاطراحه بعد اعتباره
واعتضاده والحمل على الجعالة بعد صراحته في الاجارة بل العمل به على نحو ما تضمنه من اشتراط
تقسيط الاجرة وتنقيصها على تقدير المخالفة وعدم الوفاء بالشرط متعين والله العالم **قوله**
ولو شرط عدم الاجرة على التقدير الآخر لم يصح في مسألة النقل فقد عرفت انه لا فرق بين مسألتي النقل
والخياطة في البطلان مع اشتراط الاجرة فضلا عن اشتراط عدمها على احد التقديرين لكونه شرطا
منافيا لمقتضى الاجارة التي لا يستحق العامل بعقدها بلا اجرة فتخصيص مسألة النقل بالبطلان
مع اشتراط عدم الاجرة في احد التقديرين مما لا يظهر وجهه نعم ينسب الى مشهور الاصحاب
الحكم بالصحة فيما لو استأجره ليحمل له متاعا الى موضع معين باجرة معينة في وقت معين ويشترط
عليه انه لم يوصله في الوقت نقص من اجرته شيئا معينا ولو شرط سقوطها انه لو لم يوصله لم يجز وهذه
المسألة غير مسألة النقل التي نبه المصنف عليها التي اوردها المحقق في الشرائع والعلامة
في التذكرة وغيرهما من مسألة النقل المشار اليها بل المشهور كما عرفت هو الحكم بالصحة في مسألة
اشتراط نقصان الاجرة ان لم يف بما اشترطه عليه من الوصول في الوقت المعين مع ان
المشهور في مسألة النقل المذكورة هو البطلان مطلقا وان اشترط الاجرة على التقدير الآخر لمكان
الترديد والابهام في متعلق الاجارة بخلاف مسألة الشرط التي اشرنا اليها فانه لا ترديد فيها
ولا ابهام ولا مانع من حيث الشرط لاشتراطه نقصان الاجرة للاصل وقاعدة الوفاء بالشروط
وصحيح محمد بن مسلم القاضي بتقسيط الاجرة في الجملة ان لم يف بالشرط وما سمعته من موثق الحلبي
الذي قيل بدلالته على الصحة مع اشتراط نقصان الاجرة وعلى البطلان مع اشتراط عدمها
لقوله هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه بناء على ان المراد منه ما لم يشترط عدم الاجرة انه لم يوصله
في الوقت المعلوم لكنه غير متعين بل الحمل ظاهر في ان اشتراط النقصان لكل يوم جائز ما لم يؤد
التنقيص الى فوات الاجرة والبطلان على هذا التقدير فلا يستلزم البطلان على تقدير عدم
لو شرط ابتداء سقوط الاجرة ان لم يوصله لكونه تركا للتصريح في ارادة الشرع على تقدير [illegible]

في الوقت المعين بخلاف فوات الاجرة بسبب النقصان المشروط فانه مستلزم لاستحقاق العمل
بلا اجرة ويمكن ان يكون المراد من قوله ما لم يحط بجميع كراه انه لو احاط بجميع الكرى فلا يستتبع لزومه فيكون
مقتضاه صحة الشرط لا انه بيان لفساد هذا الشرط فليتأمل وكيف ما كان فالحكم في المسألة الشرطية
صحة وبطلانا جار على مقتضى القواعد الشرعية لما عرفت من الصحة مع اشتراط النقصان لكونه من الشروط
السائغة المتناولة لعموم الوفاء بالشروط واما البطلان مع اشتراط عدم الاجرة انه لم يبلغه المكان
في الوقت المعين فلان مرجعه الى استحقاق ذلك العمل عليه بعقد الاجارة بلا اجرة ولا شبهة
في منافاته لعقد الاجارة المقتضي لثبوت الاجرة وتقسيطها على العمل لو لم يأت بتمام المشروط
عليه منافاة وكان انا واما مسألة النقل فمقتضى القاعدة فيها البطلان مطلقا شرط الاجرة لكلا
القسمين او اشترط عدم الاجرة لكون الموجب للبطلان هو الترديد والابهام في مورد الاجارة
فان كلا القسمين مورد لها على ما اختاره المصنف من الصحة وجواز الترديد المذكور فالمتجه
البطلان مع اشتراط عدم الاجرة في احد الشقين لمنافاته لمقتضى العقد **قوله** وفي ذلك نظر
لان قضية كل اجارة المنع من نقيضها فيكون على تقدير عدم اشتراط الاجرة لو نقلها في غير المعين
فلا شرط قضية العقد فلم تبطل الاجارة في مسألة النقل غاية ما في الباب انه اذا اخل
بالمشروط يكون البطلان منسوبا الى الاجير ولا يكون البطلان حاصلا من جهة العقد قال في
الروضة هذا النظر مما لم يتعرض له احد من الاصحاب ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب وهو نظر
موجه الا انه لا يتم الا اذا فرض كون مورد الاجارة هو الفعل في الزمن المعين وما خرج عنه خارج
عنها وظاهر الرواية وكلام الاصحاب ان مورد الاجارة كلا القسمين ومن ثم حكموا بصحتها مع اثبات
الاجرة على التقديرين نظرا الى حصول المقتضي وهو الاجارة المعينة المشتملة على الاجرة المعينة
وانه تعددت واختلفت لانحصارها وتعينها كما تقدم وبطلانها على التقدير الآخر ولو فرض
كون مورد الاجارة هو القسم الاول خاصة وهو النقل في الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان
على تقدير فرض اجرة مع نقله في غيره اولى لانه خلاف قضية الاجارة وخلاف ما

تعلقه

تعلقه به فكان اولى بثبوت اجرة المثل وجعل القسمين متعلقها على تقدير ذكر الاجرة والاول
خاصة على تقدير عدمه وفي الثاني مع كونه خلاف الظاهر موجب لاختلاف الفرض بغير دليل
ويمكن الفرق بكون تعيين الاجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الاجارة حيث اتى بلازمها
وهو الاجرة فيهما واسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعله موردا من حيث نفي اللازم الدال
على نفي الملزوم وحينئذ فينزل على شرط قضية العقد اولى من جعله اجنبيا مفسدا للعقد بتخلله
بين الايجاب والقبول انتهى ولكن لا يخفى ما في هذا التطويل الكلام من النظر بعد الاحاطة بما
ذكرناه سابقا من ان البحث في البطلان مع اشتراط عدم الاجرة انما هو في المسألة الشرطية وهي ما
اذا استأجره لنقل المتاع في وقت معين باجرة معينة فيشترط فيه عدم الاجرة ان لم يوصله فيه
ولا ريب في ان مورد الاجارة فيها متحد سواء اشترط تنقيص الاجرة او عدمها على تقدير عدم
الايصال وقد عرفت مغايرتها لمسألة النقل في يوم باجرة وفي غد باخرى لتعدد مورد الاجارة
فيها قطعا وليست موردا للرواية وكلام الاصحاب وانما موردهما المسألة الشرطية فانهم حكموا
فيها بالصحة مع اشتراط التنقيص والبطلان مع اشتراط العدم بل لا متأمل في البطلان مع
اشتراط عدم الاجرة قبل المصنف فنظره فيه بما سمعته من جعل اشتراط عدم الاجرة من الشروط المؤكدة
لمقتضى العقد لان الناقل لو لم يأت على ان الوقت المعين في العمل تخصيص له كالاستيجار على صوم
اول يوم من الشهر فان مقتضاه عدم استحقاق الاجرة لو لم يصمه وان صام اليوم الثاني فيه
اشتراط عدم الاجرة على الصوم الثاني او لم يشترطه لانه لم يأت بالمأمور به وما تعلق به العقد
في الحال ما نحن فيه من نقل المتاع بذلك محل نظر اذ الظاهر ان التوقيت ملحوظ فيه على جهة الشرطية
لا على جهة التخصيص ومخالفة الشرط لا تقتضي سقوط الاجرة بل تقتضي التسلط على الفسخ فان
فسخ دفع اجرة المثل والا فالمسمى فاشتراط عدم الاجرة على تقدير المخالفة وعدم الوفاء
بالشرط مناف لمقتضى عقد الاجارة المستلزم لثبوت العوض ولو فرض كون التوقيت المذكور
مخصصا للعمل لا شرطا في لزوم اجرته فيمنع من كون المخالفة مقتضية لعدم استحقاق شيء

من الاجرة فان نقل المتاع اذا حصل في بعض مدة التعيين استحق من الاجرة بالنسبة الى لتقسيطها
على الاجزاء كتقسيطها بما لو استاجره الى مكان معين فحمله الى نصف الطريق واما لا انقسط الاجرة
في الاعمال الغير القابلة للتبعيض كالصوم في اليوم المعين ونحوه وح فيكون اشتراط عدم الاجرة مع
حصول بعض النقل في اليوم المعين منافيا لما يقتضيه عقد الاجارة من تقسيط الاجرة وتوزيعها
على اجزاء العمل فليتم جيدا **قوله** ولابد من كون المنفعة مملوكة له او لوليه سواء كانت مملوكة له
بالاصالة او بالتبعية اي لابد في لزوم عقد الاجارة من كون المنفعة مملوكة للعاقد او لمن له
الولاية عليه لما ستعرف من صحة التصرف الفضولي فيها ولزومه بعد الاجازة ولا اعتبار بكلام
مملوكية المنفعة فلا يصح العقد على المباحات ولا على ما ثبت الاختصاص به من غير ملك ولا على
المملوك لمالك غير معين كالاوقاف العامة والاراضي الخراجية الا ان يوجرها الحاكم بحسب
الولاية لمصلحة من له الولاية عليهم من المسلمين فالمراد من الولي والمولى عليه في المقام ما يتناول
المقام والوصي وعدول المسلمين وغيرهم من المأذونين على نحو ما مر في البيع وان كان اطلاق
الولي والمولى عليه على بعض الافراد نوع مسامحة ولا فرق في المنفعة التي يصح العقد عليها بين
كونها مملوكة بالاصالة منفردة كالمنفعة المستاجرة او الموصى بها او بالتبعية للعين بلا خلاف
الا من شذ من المخالفين فمنع من اجارة المنفعة المستاجرة قياسا على بيع منع اما بيع
قبل قبضه بناء على ان قبض المنفعة لا يتحقق الا بالاستيفاء ولا يتحقق بتسليم العين والحكم ممنوع
في الاصل مع بطلان القياس وحصول الفرق **قوله** وللمستاجر ان يوجر العين الا مع شرط استيفاء
المنفعة بنفسه هذا تفريع على جواز تعلق الاجارة بالمنفعة المنفردة بالملك ولا خلاف بين
اصحابنا في جواز اجارة المستاجر ما ملكه من المنفعة بعقد الاجارة مع الاطلاق بل الاجماع
بقسميه والنصوص وافية للدلالة عليه والقاعدة عدم الفرق بين منفعة العين المملوكة وغيرها
كمنفعة الحر وعلة المملوكة بعقد الاجارة فانها تقع اجارتها ايضا للمستاجر مع الاطلاق
وعدم ما يقتضي الاختصاص بالمستاجر الاول من شرط او خصوصية متعلقة كما لو نوى بخصوص

١٨٧ او جواز لمثل ونحو ذلك مما لا يعقل الاستيجار فاما اما الوشرط الموجر على المستاجر استيفاء المنفعة
بنفسه لنفسه فلا اشكال في عدم صحة اجارته ثانيا لكونه بمعنى اشتراط ان لا يوجرها وان كان في صحة
اشتراطه ان لا يوجرها نظر كما في اشتراط ان لا يبيع في البيع لاحتمال منافاته لمقتضى العقد
من تسلط المالك على ملكه باجارة وبيع وغيرهما بخلاف اشتراطها بما يستلزم عدم صدور الاجارة
او البيع كاستيفاء المنفعة لنفسه او حبس العين عن الخروج في البيع فانه لا منافاة فيه كما سلف في البيع
ولا يكفي في منع اجارة المستاجر مجرد اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه وان كان ذلك اوهم ذلك الاطلاق
اطلاق العبارة لامكان ان يوجرها المستاجر مع اشتراطه على المستاجر الثاني بان يكون
هو المستوفي عنه للمنفعة كما لو يركبها المستاجر الاول في حوائج المستاجر الثاني ونحو ذلك
هذا انما لا اشكال فيه وانما الاشكال في انه على تقدير جواز اجارته فهل يجوز تسليم العين
للمستاجر الثاني من غير اذن المالك لولا يجوز فعن الفواعد الحكم بضمان العين لو سلمها من غير اذن
ومقتضاه المنع كما يحكى عن النهاية والسرائر ايضا وظاهر الشرائع الجواز لاقتضاره في الحكم
بالضمان على ما اذا اشترط عليه الاستيفاء بنفسه فسلمها الغير فان مقتضاه عدم الضمان
مع عدم الشرط كما هو صريح العلامة في التحرير والمختلف في غاية المراد والمحكي عن حواشيه وللفاضل
الشارح في المسالك وصاحب لمقابيح وظاهر الفاضل والسيد وغيرهم من محققي المتاخرين
بل لعله ظاهر اكثر الفتاوي لحكمهم بجواز ايجار المستاجر من غير تعرض لتوقف التسليم على اذن
الموجر مع مسيس الحاجة الى بيانه في المقام لو كان لا انصرافها الى تصريحهم في مستاجر
الدار بان له ان يسكنها هو ومن شاء او يسكنها من شاء ممن يساويه في الضرر او من هو اقل ضررا منه
وفي مستاجر الدابة بان له ان يركبها غيره مع المساواة في الطول والقصر والسمن والهزال وفي
مستاجر الثوب بان له ان يلبسه من هو في حاله وهكذا فانه كالصريح في ان المستاجر مع
الاطلاق لا يلزمه مباشرة الاستيفاء بنفسه بل له الاستيفاء بغيره من وكيل ونائب عنه ومأذون
منه تبرعا او استيجارا والغير متوقف بشيء من ذلك على الاستيذان من المالك الذي لو

كان معتبرا لم يكن وجه لما اعتبروه في الجواز من القيود كما انه يستفاد ذلك من النصوص الواردة
في جواز اجارة المستاجر الارض بالاقل والمساوي وبجواز تقبل عمل بما له ان يقبله من غيره لا اطلاقها
وعدم التعرض فيها لمراعاة الاذن من المالك وان كانت مسوقة لبيان حكم اخر وهو الجواز
بالاقل والمساوي دون الاكثر لا انها غير خالية من الظهور والاشعار المؤكد لصريح المروي في
الصحيح عن علي بن جعفر عن اخيه ع سئلته عن رجل استاجر دابة فاعطاها غيره فنفقت
فما عليه قال انه كان اشترط ان لا يركبها غيره فهو ضامن له وان لم يسم فليس عليه شيء ويعضده
صحيح الصفار قال كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوبا الى القصار ليقصره فدفعه
القصار الى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب هل يجب على القصار ان يرده اذا دفعه الى غيره
وان كان القصار مأمونا فوقع ع هو ضامن له الا ان يكون ثقة مأمونا ولا يقدح وروده في
الاستيجار على العمل لعدم الفارق بين الاجارتين في جواز تسليم العين وعدمه ولا
الحكم بالضمان مع عدم الايتمان وعدم المأمونية المنزل على التعدي والتفريط على
حضوصية اهل الصنايع مع الايتمان وعدم المأمونية فلا يعارض هذا الرضا قيل في توجيه
المنع من ان العين المستاجرة امانة بيد المستاجر فلا يجوز تسليمها الى الغير بغير اذن
مالكها بل يكون تعديا موجبا للضمان ولكونه كالاجتهاد في مقابلة النص محكوما بعدم
وان الاذن مستفاد ايضا فان القبض من ضرورات الاجارة للعين وقد سلطه المالك
على اجارتها باطلاق عقده وحكم الشارع بجوازها والاذن في الشيء اذن في لوازمه
وتوابعه ولانه لو لم يجز التسليم لم تصح الاجارة ولا تم على تقدير على تسليمه غير صحيحة
ولا يكفي الاذن المتوقع من المالك تصحيحه التسليم مقدورا لاحتمال ما يتوقف على فعل
الغير واحتياجه لا يندرج تحت القدرة مع لو كانت لاذن المالك بحيث يجبر عليها
لو لم يكن باذن لكان مقدورا الا ان اجارته في المقام غير ممكنة وعدم معلوم وان احتمل بعض
المتاخرين وعلى فرضه فلا مانع في لزوم استيذانه بل ينبغي جواز التسليم اذن فيه لو لم

١٨٨ باذن مالك اللزوم المحقق الثاني على ما يظهر من كلامه بجواز التسليم الذي يتمكن من الانتفاع
به لكون على وجه لا يخرج به عن كون العين بيد المستاجر الاول ايضا بوجود له اسكان الغير في الدار
معه وحمل المتاع وركوب الغير على الدابة وهي في يده ويوكل المستاجر على الاستيفاء ونحو ذلك
مما لا يقتضي بخروج العين عن يد المستاجر الاول وحمل النص المذكور عليه ويشعر في ذلك بعض
افاضل العصر فانه لا منافاة لانحصاره مباشرة الغير التي هي من مقومات الاستيفاء المنفعة من العين
كركوب الدابة وسكنى الدار مثلا لا يحتاج الى استيذان المالك وهو التسليم الذي يكون من مقتضيات
الاجارة وليس البحث فيه بل في التسليم الموجب لرفع يد المستاجر الاول عن امانته وجعلها امانة
في يد المستاجر الثاني وهو ليس من مقتضيات الاجارة لامكان استيفاء المنفعة وهي بيد الامين
كما يمكن استيفاؤها وهي بيد الموجر قال ولعل المانع اراد الثاني والمجوز اراد الاول فيكون
النزاع لفظيا وهو كما ترى مرجعه الى النزاع جواز التسليم الذي يتوقف عليه الانتفاع من غير
اذن المالك وحمل كلام المانع على ما ليس محلا للبحث من منع استقلال يد المستاجر الثاني
بالعين ولزوم مثله وكذا الاول في اثبات اليد عليها وحيث انه من المعلوم عدم تسلط المستاجر الاول
على ازيد مما يستحقه من الموجر بعقد الاجارة والثاني له انما هو معنوية العين على وجه يتمكن
من استيفاء المنفعة منها وهذه المعنوية ثابتة للمستاجر الثاني بعقد على الاول كما ثبت
للاول على الموجر ولزم الانفاض على الثاني فانه يرضى الموجب به لكونه من توابع الاجارة
الصحيحة واما دفع يد المستاجر الاول عن العين بالكلية ولزوم مثله ونها ومثله ذكره
الثاني في اثبات اليد عليها ايضا فلا مدخلية له في المقام بل ان توقف الاستيفاء المنفعة
على دفع يد المالك او المستاجر الاول عنها كما في سكنى الدار التي لا يسع استيفاء تمام
المنفعة منها مع مشاركة الغير له في حصول التسليم الذي هو من توابع الاجارة بدونه
وان لم يتوقف على ذلك كان اثبات اليد عليها حقا للمالك له مباشرته مع المستاجر
الثاني كما له مباشرته مع المستاجر الاول وله استنابة المستاجر فيه كما يستنيب غيره

وانبر
بحيث يعرض استنابته في إثبات اليد لحفظ العين وحواشيها وسقيها وعلفها حيث تكون
مثلاً لا يجوز للنائب استنابة الغير في ذلك ولا قائل بجوازه وهو خارج عن محل المسئلة
كما لا يخفى قوله ولو آجر الفضولي فالاقرب الوقوف على الاجازة قد سلف في ذلك بان
الاظهر عدم اختصاص الفضولي بالبيع ولا بالنكاح وان ورد النص فيهما بل يعم سائر العقود في
اجازته وعزّ حالاً لانه داخل في العقود الجامعة للشرائط فيتناوله عموم الامر بالوفاء بها والقضاء
التعليل الوارد في النكاح بانه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجاز فهو جائز بصحيح طي
عقد بعد رضا المالك ومن بحكمه ويجري هنا ما تقدم من الخلاف في الاجازة من انها
كاشفة او ناقلة ويترتب عليه بعض ما مر من الثمرات فليلحظ وليتم قوله ولا بد من كونها معلومة
اما بالزمان كالسكنى واما به او بالمسافة وللتأبيد كالركوب واما به او بالعمل كالخياطة لا بد من
معلومية المنفعة قدراً كما يعتبر معلوميتها ومعلومية العين المنتفع بها جنساً وصنفاً
ووصفاً على ما سلف لعدم ارتفاع الغرر والجهالة بدون التقدير ولعموم الغرر طرقان
احدهما الضبط بالزمان وهو صالح للجميع لتقدير جميع المنافع المستأجرة اعلاها كانت او
غيرها بل لا يمكن ضبط بعضها كالسكنى والارضاع به وحده لكن يعتبر تعيين الزمان فلو آجره
للسكنى او الخدمة او غيرهما شهراً من الشهور او يوماً من الايام لم يصح للزوم الغرر والنزاع
ولو اطلق الشهر ولم يعين اقتضى الصحيح لانصرافه الى ما اتصل بالعقد على الاشهر خلافاً للمحكي
عن الشيخ في ماكو والخلاف فابطله للجهالة وبطلوعه من الحق الزوده ولا يشترط في التقدير بالزمان
اتصاله بالعقد على المشهور فلو آجره الدار في شهر مستقبل صح خلافاً للمحكي عن الشيخ ايضاً
فاشترط على الاتصال وبعض ابن الصلاح استناداً الى ان المتيقن من ادلة الاجارة حصول
اة المنفعة في المستقبل عن معقود وعلى تسليمها حال العقد وهو مخصص لعموم اوفوا بالعقود
ودلالة الاجارة من غير مخصص والقدرة على التسليم في وقت الاجارة محققة حال
العقد وفي المحكي ان شرط الاتصال يقتضي عدمه فيكون باطلاً وبان الانقضاء اذ كلام مع

طل واحد

١٨٩ طل واحد من الازمنة التي تشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليها وليست متصلة بالعقد فان نفا
الجزء الاول منها يقتضي عدم الاتصال وان كان لا يخلو عن نظر لان المعتبر عند الشيخ اتصال المدة
الصادق باتصال مبدأ تمامها بالعقد لا اتصال كل معقود عليه حتى ينتقض باجزاء المدة من الا
ولو آجره كل شهر بكذا بطل على المشهور لكون المعقود عليه مجموع المدة المجهولة لجهالة الدعامة ولو
تسقط الاجرة على ابعاضها خلافاً للمحكي عن الاسكافي فصحح وللشيخين ره فصحح في شهر
من شهر ويبطل في الباقي للكونه في مدة اجرتك هذا الشهر بكذا وما بعده بكذا فانه يصح في الكل
بعده لا يقدح في معلوميته وقيد منع اقتضائه ذلك عرفاً ثانيهما التقدير بالعمل بان يكون نفس العمل
معقوداً من غير احتياج الى ضبطه بالزمان ويقدره اما باتعين محل العمل كخياطة هذا الثوب
وبناء هذا البيت مع تشخيص قدر الثوب والبيت وبيان كيفية الخياطة والتوب والبناء
او بتعيين مسافته الى انتهائه كركوب الدابة الى موضع كذا والزمان فيه كصوم يوم او شهر ونحو ذلك
مما يتعذر به نفس العمل قوله ولو جمع بين المدة والعمل فالاقرب البطلان ان قصد التطبيق
ان اراد الجمع بين العمل والوقت جمعهما من المنفعة وتشخيصهما معاً كما هو ظاهر المقام كان
كان اشتراط قصد التطبيق في البطلان مستنداً لانه لا يكون الا مع انطباق اجزاء العمل
المعين على اجزاء الزمان بحيث ينطبق ابتداؤه بابتدائه وانتهاؤه بانتهائه فلو استأجره
على خياطة ثوب معين في يوم كان المعقود عليه هو الخياطة المخصوصة في تمام اليوم حتى لو فرغ
على هذا التقدير كما عند الكثير لا صحة قبل انقضائه او بعده لم يأت بالعمل المستأجر عليه
ولا شبهة في بطلان العقد على هذا التقدير لما علله به الاصحاب من لزوم الغرر الحاصل
من اضافة الزمان الى العمل فان التطبيق بينهما مجهول الحصول بل لما يحصل الا على جهة الاتفاق
نادراً لما ان الغالب الفراغ قبل انقضاء الزمان او بعده وحينئذ فان فرغ قبل انقضائه فان امر بالعمل
في باقي المدة كان الزمان بعيزيباً مخرجاً عليه العقد والا كان تاركاً للعمل في بعضها وان انقضى
الزمان قبل الفراغ فان امره بالاكمال كان العمل الواقع في الخارج مدة الاجارة والا

لم يأت بالعمل وان اراد من العبارة في الجمع مطلق الجمع المتناول لارادة التقدير المذكور وللظرفية
التي لا تنافي الفراغ قبل انقضاء الزمان وللشرطية التي لا تنافي صحة العقد مع الاخلال بها
وان اوجب التسلط على الفسخ حسن ما ذكره المصنف من التفصيل والحكم بالبطلان ان قصد التطبيق
متخصصاً به العمل او شرطاً في عقده وبعدمه ان لم يقصد لكن قد يناقش في البطلان لو حمل
تطبيق العمل على اجزاء الزمان شرطاً خارجاً عن المعقود عليه وهو العمل لا قيداً فيه متخصصاً فان
التطبيق وان كان نادر الحصول الا انه لا دليل على اعتبار القدرة على التسليم في صحة الشروط
لعموم دليلها وعدم ما يقتضي اشتراط ذلك فيها فينبغي صحة اشتراط الامر بالتطبيق ان
وقع لم يخرج من بخرج بدعن العهدة والا تخير بين الامضاء بتمام المسمى والفسخ
كما قد بيّناه في الصحة لو اطلق العقد ولم يعلم منه قصد التعيين ولا غيره فان ظاهر تعيين الزمان
للعمل هو تقديره به الا ان يدعى ظهور ذلك حيث لا يكون العمل مقدّراً بغير الزمان اما اذا كان
مقدراً بنفسه فالظاهر من تعيين المدة ارادة الظرفية فلذا اعتبر المصنف في البطلان قصد التطبيق
الملازم للتقدير وهو جيد لكن قصد الظرفية لا ينافي تقييد العمل والمعقود عليه وتخصيصه
بالزمان الا مع انضمام القرائن المفيدة لكون المعقود عليه نفس العمل مجرداً وان المدة شرعت وطلب
لارادة التعجيل كما هو المفهوم مما ورد في صحيح ابي مسلم عن الباقر ع قال كنت جالساً عند قاضي
من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال احدهما اني تكاريت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا
والتزم ان يفصل قال فقال له ليس كذا قال فدعوته فقلت يا عبد الله ليس لك ان تذهب بحقه
وقلت للآخر ليس لك ان تأخذ كل الذي عليه اصطلحا فترادا بينكما فانه دال على الشروع
الجمع بين المدة والعمل لكن لا على وجه التقييد بالمدة بل على وجه اشتراط التعجيل وان كان المعقود
عليه هو الموافاة لا السوق مع انتفاء القرينة الحالية ولولاها لكان الزمان المخصوص قيداً
متخصصاً للعمل يجب لو وافاه بعد انقضائه لم يأت بالمعقود عليه ولم يستحق الكرى كما قال
ذلك القاضي ولذا يحكى عن الفاضل الشارح في حواشيه على الروضة انه قال ما تضمنه الخبر

المذكور

المذكور من الحكم مخالف للقواعد الشرعية لان اللازم من تعيين اليوم المعين والسكوت عن عوضه انه لا يستحق
في عوضه الاجرة كما قال ذلك القاضي الا ان يعرض الاطلاع على ما يوجب بطلان الاجارة فيحكم عليهما
بالاصطلاح لان الثابت اجرة المثل انتهى وهو كما قال لولا قيام القرينة الحالية على ارادة اشتراط
التعجيل من التوقيت ومع ذلك فالحكم بالاصطلاح قد لا ينافي ارادة التقييد اهم لما سيقت الانشا
اليه من ان اللازم في مثل ذلك التقييد التقسيط فانه الاعلى من الحق من الحكم بصحة الجمع بين
التقديرين مدعياً ان الاجارة معقودة على العمل وان المدة مذكورة على التعجيل فلا تؤدي فساد العقد
خلافاً الظاهر من التقييد بالزمان المجرد من ما يفيد ارادة اشتراط التعجيل من القرائن مع ان هذا الحكم
مما لم يعلم ما عندنا من نسخ المخ وانما حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية معللاً بما ذكر من التعليل
وحيث يصح اخذ الزمان قيداً في العمل فان خرج المدة قبل الشروع فيه بطلت الاجارة وان خرج
في اثنائه استحق من المسمى بالنسبة لما فعل وقيل يثبت اجرة المثل وربما قيل بثبوت اقل الامرين
منهما والاول اولى وفي بطلان الاجارة في الباقي وتخير المستأجر بين الفسخ في الباقي والاجارة
فيكمل حقاً وجبر فوات وجه في الروضة الثاني وهو متجه لو كان الوفاء شرطاً اما لو كان قيداً كما هو المفروض
فلعل الاقوى هو البطلان قوله ولا يعمل الاجير الخاص لغير المستأجر المراد من الاجير الخاص من
ملكت منفعته المعينة او جميع منافعه مباشرة بعقد اجارة في تمام المدة الوقت المعين و
يسمى بالمقيد والمنفرد ويقابله العام والمطلق المشترك وهو من لا يملك منفعته كذلك بل على ذمته مجردة
عن المباشرة او الزمان او عنهما فعلم انه لا يصير الاجير خاصاً باشتراط مباشرته للعمل وتقييده بالزمان
المخصوص يطل بين القيد به لا على وجه الشرطية الخارجية وفي حكم تقييده بالزمان ما اذا
عين اول الزمان بيوم معين بحيث لا يتوانى عنه بعده اما لو قلنا بوجوب المبادرة بالعمل في الاجارة
المطلقة او تضيق الوقت بخوف الموت ونحوه لم يكن الاجير خاصاً ولم يترتب عليه ما سيذكر من
الاحكام وقد حكم المصنف كباقي الاصحاب بمنع الاجير الخاص من العمل لغير المستأجر بغير اذنه
وظاهرهم عدم الخلاف فيه بل نقل كما قيل مجمع عليه ضامنهم وربما استند فيه الى صحيح

١٩٠

ابن عمار انه سئل ابا ابراهيم ع عن الرجل يستاجر الرجل باجر معلوم فيبعثه في ضيعته فيعطيه رجل اخر دراهم ويقول اشتر بها كذا وكذا وما ربحت بيني وبينك فقال اذا اذن له الذي استاجره فليس به باس بناء على ارادة الاجير ودلالة سعيهم نفي الباس على المنع وعللوا ايضا بان منافع الاجير الخاص مملوكة للمستاجر فلا يجوز صرفها الى غيره الا باذنه وان جواز صرف نحو المستاجر فلا يجوز استعمالها في غيره وهو مخير حيث ملك جميع منافعه او ظرف المنفعة الخاصة المملوكة بعقد الاجارة الى غير المستاجر لما لو صرفه الى غيره ما كان منافيا لها الى غيره فلا يجري فيها ايضا العمل المذكور بل قد ينافش في غيرهما والمنع فيهما على هذا التقدير الامر حيث الفضيلة المنفعة المملوكة للمستاجر وفي نحو الخيط عن مثلها خلاف معروف وبعد وضوح ما لا ينفي الفساد المحكوم برهانه في كلمات الاصحاب فالظاهر ان المقتضي للمنع هنا هو ان المستفاد من التقييد بالمباشرة واستغراق الزمان بالمنفعة المخصوصة عدم التشاغل بغيرها ابدا في المنفعة المستاجرة فلذا اطلق المنع في الروضة لاستفادة اختصاص منفعته بالمستاجر الى الوقت الذي جرى عليه بالعمل فيه فان مقتضى الحصر المنع مما عدا المنفعة المستاجرة ومقتضاه المنع مما عداها مطلقا وان لم يكن منافيا لها كما لو استاجره على خياطة في هذا الزمان فعمل عملا مصاحبا لها غير مناف للاثبات فيها من تعليم او تعلم او عمل الرجلين ونحو ذلك وهو الذي يحظر في الروضة حيث جعل العمل الغير المنافي وجهين المنع للتصرف في حق الغير والجواز لشاهد الحال فلا يرد عليه ما قيل من انه هذا الاجير الاجير ملك جميع منافعه اما اذا كانت المنفعة المملوكة مخصوصة فلا مانع مما لا ينافيها ولا احتياج الى شاهد الحال بل هو كالعمل في غير مدة الاجارة كالليل مثلا حيث يكون العمل نهارا ولا يؤدي العمل في الليل الى ضعف في عمله بالنهار لما اشرنا من ان مقتضى الحصر المستفاد من عقد الاجارة المنع مما عدا العمل المستاجر عليه مطلقا وعدم التشاغل بغيره منافيا كان او غير مناف الا ان شاهد الحال يقتضي الاذن بغير المنافي لعدم منافاته للغرض مع فقد مع ان شاهد الحال قاض بعدم دخول غير المنافي في مقام الحصر فانه لا يتصور فيه الا الى

منافيات

منافيا للمنفعة المخصوصة وكيف كان فلو اذن المستاجر للاجير بالتصرف في محل المنع جاز وترتب عليه اثره لانتفاء المانع من حق المستاجر اذ غايته التصرف في مال الغير باذنه لكن لو اذن له بتمليكه باجارة او غيرها لم يملك الاجير العوض بل هو للمستاجر حيث يكون التصرف بالمعاوضة مما هو ملك المستاجر من المنفعة المخصوصة او جميع المنافع لكونه عوض ملكه فلا ينتقل الى غيره حتى لو صرح له بالاذن في اجارته لنفسه على تامل فيه بناء على احتمال دخوله في ملك الاجير بالاجارة بعد تضمنها على الملك الحاصل بالعقد بما يظهر بالمعاطاة بناء على المشهور من افادتها الاباحة ما يجوز ومن امر بعتق عبده عنه ونحو ذلك انه لم يقل بنافاة ذلك للقواعد الشرعية وثبوته بالدليل انما كان الاذن فيه عن ملك المستاجر من المنافع المنافية للمنفعة المملوكة فان التحقيق استحقاق الاجير عوضه لبقائه على ملكه وارتفاع الحجر عنه بالاذن ولو تصرف الاجير من غير اذن المستاجر فلا اشكال في الاثم وترتب الفساد وان كان العمل المنافي عبادة لا تدخل في المستثنيات عرفا وعادة كالنوافل والنيابة عن الغير بل وقضاء الصلوة عن غيره او نفسه مع التوسعة لما عرفت الا الاثنى بوميه اوغيرها فلا اشكال في استثنائها هذا مع العلم والتذكر اما مع الغفلة والنسيان ففي صحة النوافل ونحوها وجهان اقواهما الصحة لحصول العمل والقربة وارتفاع النهي بسبب الجهل والغفلة وان كان ضامنا لما فوته على المستاجر من المنفعة ويحتمل البطلان لتعيين الزمان ونحو وجرحة بذلك عن الصلاحية لفعل غير المنفعة المستاجر عليها كعدم صلاحية شهر رمضان لصوم غيره ولان جميع منافعه مملوكة للغير فلا يصلح ان تصرف في عبادة الله الا باذن صاحبها ولا تصححها الاجازة من المالك لعدم جريان الفضولي في العبادات ونحوه كالاذن وان لم يكن عبادة فاما ان يعمل لنفسه او لغيره فان عمل لنفسه فللمستاجر فسخ عقد نفسه لفوات منفعته كلا او بعضا فان فسخ رجع على الاجير بنسبة ما عمل من المسمى وان لم يفسخ رجع عليه باجرة المثل لانه اتلف منفعة الغير المالك وان حاز شيئا من المباحات بنية التملك ففي الروضة يملكه لان يد الاجير يده على هذا التقدير ولانه الاجير الحالك لنفسه ان هو

بمنزلة حيازة المستاجر بنية غيره وان عمل لغيره فاما ان يكون بعقد اجارة او اجازة او تبرعا فان عمل بعقد اجارة فان شاء فسخ المستاجر عقد نفسه فله اجرة المثل عن منفعته الفائتة وصح العقد الثاني ولزم ان تعلق بغير المنفعة المملوكة للمستاجر من المنافع المنافية لها وان تعلق بنفسها ففي صحتها وجهان اصحهما مبنيان على مسالة في البيع الفضولي فيمن باع مال غيره ثم ملكه وان ابقاه المستاجر عقده فله فسخ العقد الثاني واجازته لكونه فضوليا تعلق بملكه او بما يتضمنه فان فسخ رجع باجرة مثل عمله التالف عليه ويتخير في الرجوع بها على الاجير لمباشرته الاتلاف والمستاجر الثاني لانه المستوفي كذا اطلقه في الروضة وينبغي تقييده بما اذا تعلق العقد والعمل بالمنفعة المملوكة والا فالرجوع على الاجير خاصة لعدم استيفاء المستاجر الثاني شيئا مما يملكه الاول وان اجاز فله المسمى بالعقد فيطالب به المستاجر خاصة ان لم يقبضه الاجير كما يطالب به الاجير خاصة لو قبضه واجاز المستاجر القبض ولو لم يجز القبض فان كانت الاجرة مطلقة رجع على المستاجر الثاني ايضا ويرجع به المستاجر الثاني على الاجير مع جهله مطلقا ومع علمه ببقاء العين وان كانت معينة فقد الطلق في الروضة الرجوع بها على من بيده وينبغي تفصيله بما اذا لم تكن بيد الاجير ولم يعمل شيئا فلا شيء عليه وللمستاجر الخيار في عقد الاجير وليس له الخيار في عقد نفسه بمجرد عقد الاجير ثانيا قبل العمل فانه اوهم ذلك بعض العبارات وان عمل لغيره تبرعا فقد اطلق في الروضة تخير المستاجر مع عدم فسخ عقد نفسه بين مطالبته من شاء من الاجير ومن والمستاجر الثاني باجرة المثل وينبغي تقييد ذلك بما اذا كان العمل للمستاجر الاول وعلم به الغير واستدعى من الاجير العمل والا فلو كان العمل التبرعي من المنافيات للملوك فلا رجوع باجرة المثل الا على الاجير لتفويته الملك على المالك وعدم استيفاء الغير منه شيئا ولو كان من المملوك وكان الغير جاهلا غير مستدع من الاجير العمل فلا ضمان الا على الاجير ايضا اذ لا يزيد حكمه على العبد لغير مالك مولاه من غير علم ولا استدعاء قوله ولا يجوز للمطلق اي يجوز للاجير المطلق ان يعمل لغير المستاجر باجارة او غيرها والمراد من المطلق من لم يقيد اجارته بالمباشرة والزمان معا

سواء

سواء تجرد عنهما او تقيد بهما باحدهما ولا اشكال في جواز الغير عمله لغيره بجميع انواعه للاصل وعدم المنافاة بين الاجارتين المطلقتين مطلقا بل ولا بين الخاصة والمطلقة الا ما حكاه الفاضل الشارح عن المصنف من الحكم بالمنع منه على ان الاطلاق مع الاطلاق في صورة تقييد اجارة الاجير المطلق بالمباشرة بناء منه على ان الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل والمبادرة فاذا قيد بالمباشرة صار اجيرا خاصا فيمتنع توارد اجارتين خاصتين على اجير واحد واستشهد عليه بما تقدم في الحج من عدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصا او حكما كما لو اطلق فيهما او عين في احدهما بالسنة الاولى واطلق في الاخرى ورده بعدم الدليل على اقتضاء الاطلاق المبادرة والتعجيل بل مقتضى عقد الاجارة المطلق تعلق العمل بذمة الاجير كالدين لا يقتضي الا بالمطالبة وظن الفوات وعلى فرض اقتضائه التعجيل فهو ليس من التوقيت ليقيد رجح في الاجير الخاص بل هو حكم لشرط التعجيل لا يسلط المستاجر بخلافه الا على الفسخ لو طالبه فلم يات به وما تقدم في الحج فقد مر ما فيه من المناقشة ايضا وهو بعد تسليمه لا يدل على ما نحن فيه لانه انصرف الاطلاق الاستيجار في الحج الى السنة الاولى ولا يتوقف على اقتضاء اقتضاء الاطلاق عقد الاجارة التعجيل ولذا ذهب البعض من لم يقل باقتضائه وانما الموجب فهم ارادة الحج في السنة الاولى عرفا بمقتضى الاطلاق كفهم اول سنة او جمعة من اطلاق التحديد بهما وذلك يقتضي تعلق حق المستاجر بالزمان المخصوص او تقييد عمله بكونه فيها فيكون كالاجير الخاص فلا تصح الاجارة الثانية فيه لما قاله للاولى ومما ذكرناه يظهر ما في كلام الروضة حيث انه بعد حكى عن المصنف ما عرفت قال وما ذكره احوط الا انه لا دليل عليه انه لم نقل باقتضاء مطلق الامر ومقتضاه ان الامر باقتضائه العود يقتضي صحة ما ذكره المصنف مع انه في المسالك منع من صحته على هذا التقدير ايضا والظاهر انه لا ارتباط لهذه المسالة بمسالة ان الاطلاق هل بين حمل الاوامر الشرعية على الفور وبين لزوم عمل الاجارة فوريا لما اشرنا من انه حق متعلق بالذمة كالدين لا يقتضي الا بالمطالبة او ظن الفوات وعلى فرض اقتضائه التعجيل فهو ليس من الحق وانه واجب

نادمنه اولا قائل بعوديه كل واجب وان كان متسببا من العقود التي لاد لالة فيها على فوريه ما تسبب منها ولا انه ادخوا بالعقود في المقام ومنه بلها على العقود فان مفادها الالتزام بمقتضاها وعلى حسب ما اقتضاه من الحلول والتأجيل والمبادرة والتوسعة ولا مدخلية للعقود والتراخي في الالتزام المذكور ولو سلمت الملازمة بين الامرين فلا دليل على فوريه العمل والمنع من الاجارة الثانية الا من حيث الضدية الخاصة ومنع اقتضاء الامر بالشيء للنهي عن الضد الخاص ولو نحو اقتضائه فهو حيث يكون منافيا لعمل المستأجر الاول اما لو فرض عدم منافاته بان اخر العمل في الاجارة الثانية عنه او اتى به بعد ذلك فلا منافاة فاقصى الامر انه لم يرض صاحبه الثاني بالتأخير سلطا في عدم علمه بالاجارة الاولى على الفسخ كما يتسلط المستأجر في سائر الاجارات المطلقة على الفسخ بعد مطالبته بالعمل وامتناع الاجير من التعجيل لاقتضاء الاطلاق فوريه العمل مضافا الى ان حرمة التنافي لا يقتضي بطلان الاجارة الثانية ولا فساد العمل وان كان عبادة لكون النهي عن الضد لا لدليل لاعتبار امر خارجي وهو تفويت المأمور به مثله لا يقتضي الفساد مطلقا كما قيل من بطلان الاجارة الثانية مع اعتبار المباشرة فيهما مبناه على ان النهي عن الضد ولكون العمل الثاني محرما فلا تصح اجارته ولكونه غير مقدور على تسليمه لعدم التمكن منه شرعا باعتبار وجوب الاول واضح الضعف لما عرفت من كون التحريم في مثله لا يبعث على فساد الاجارة المتعلقة بكل العمل المنافي للثاني وغيره ولا على فساد العمل لان بخصوص المنافي فيه انما لتوجه النهي الى تفويت العمل العمل المستأجر عليه اولا الى ومنه يظهر منع عدم المقدور على تسليمه لامكان الاتيان به بعد العمل الاول **قوله** ولو سلم العين ومضت مدة يمكن فيها الانتفاع بها استقرت الاجرة لا ريب في ان استقرار ملك الاجرة موقوف على قبض المنفعة وما بحكمه ولا يكفي في قبضها تسليم العين وانما وجب تسليمها عند المطالبة بالاجرة كما تقدم بل اذا سلمها واستوفى المنفعة ومضت مدة يمكن الانتفاع فيها وان لم ينتفع فقد حصل القبض واستقرت الاجرة بلا خلاف معتد به بين الاصحاب بل هو مع وضوح استيفاء المنفعة احكاما من غير فرق

بين ان تكون العين المستأجرة شخصية لمنفعة تخصصت بالدفع ولا بين ان تكون الاجارة موقتة بزمان معين او مطلقة مجردة عن الزمان لوصول المعوض فيستقر لزوم العوض ولتمكنه منه والو لم ينتفع لعذر او بدونه مع مضي مدة يمكن الانتفاع فيها فان المحكي عن الشيخ التفصيل بين الاجارة المعينة فيستقر دون المطلقة والظاهر ان مراده من التعيين والاطلاق بالنظر الى الزمان وكما هو المحكي عن المهذب البارع وايضاح النافع حيث فصلا بين المعينة بوقت فتستقر والمطلقة المتعلقة بالذمة كالاستيجار على حمل متاع الى مكان معين من غير تعيين زمان ولا انه او مع تعيينها ايضا ولعل الذي اشار اليه المحقق في الشرائع بقوله هنا وفيه تفصيل كما يؤيده ما يحكى عن ضخر فوان عليه انه مكتوب عليها ان المراد منه انه لو سلم العين وكانت معينة بمدة معينة لزمت الاجرة انتفع اولا وان كانت على عمل كالدابة لحمل المتاع لزمت في المدة اجرة المثل والاجارة على العمل باقية وهذا اصل الوجه والمحمل في المسالك التفصيل المذكور في الشرائع عليها وهو اظهر هنا حيث ان تجرد العقد عن الزمان يقتضي ان جميع ما الحقه لحمل لعمل الاجير ولا خصوصية للزمن الذي امسك الدابة فيه عنا به كمنفعة الدابة فيه وهي تحت يده فيضمنها باجرة المثل ولا تنفسخ الاجارة بحيث يمنع من عملها بعد ذلك ولم وجد الا انه خلاف ظاهر الاصحاب واجماعهم المحكي في الغنية على استقرار الاجارة بمن استأجر دابة للركوب الى مكان معين فامسكها مدة يمكن فيها المسير لم يفعل وخلاف ما يقتضيه التنجيز في سائر الطباع وما العرف المعهود مع التراضي مضافا الى ما ورد وما يفيد ذلك من النصوص كالخبر عن الصادق عليه السلام في رجل استأجر من رجل ارضا فقال اجرنيها بكذا ان زرعتها او لم ازرعها اعطيك ذلك فلم يزرعها الرجل قال له ان يأخذه ان شاء تركه وان شاء لم يتركه وغيره كخبر ابن يقطين الوارد في كرى السفينة وغيره من الاخبار فلا اشكال في ان تسليم العين مع مضي المدة المعينة او المدة التي تراضيا بتشخيص كل المنفعة فيها موجب لضمان المنفعة واستقرار الاجرة المسماة وان لم ينتفع مع صحة العقد ومع فساده اجرة المثل فان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

١٩٦

تفويت (margin)

الا ان ضمانه باجرة المثل لا بالمسمى لكونه ضمان يد لا ضمان معاوضة وانما الاشكال فيما لو بذل المؤجر لاستقبال الضمان الى المستأجر بعد مضي مدة يمكن الانتفاع فيها بل لا احد حلالا فابى عن تعرض له وعلق في التذكرة بان المنافع تلفت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت بيده ووجه في جامع المقاصد بان هذا التوجيه غير مستلزم للمدعى قال ويمكن توجيهه بانه لما استحق المنافع بالعقد الوارد على العين او الذمة وبذل المؤجر متعلق الاجارة وجب على المستأجر قبوله لانه مال له استحقه بالعقد وقد بذل على وجهه وخلى بينه فاذا مضت مدة يمكن الاستيفاء كان تلفه منه على حد ما لو بذل له دينه الحال حيث يجب قبوله وخلى بينه وبينه فلم يأخذه حتى تلف فانه يكون من صاحب الدين كما سبق في البيع انتهى وفيه ان ما ذكره من التوجيه ايضا بمجرده لا يوجب سقوط الضمان عن المستأجر من حيث المعاوضة والتلف قبل القبض اذ غاية ما افاده اللزوم المستحق واختصاصه حيث لا يكون معينا بالفرد المبذول وانه لم يقبضه انه لو كان امانة كالدين فتلف من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه من حيث اليد بالمثل او القيمة اما لو كان باقيا بيده بطريق المعاوضة كالمبيع والمنفعة فلا يسقط الضمان الناشئ من التلف قبل القبض حتى يقبضه المشتري والمستأجر ومجرد البذل والتخلية لا يكون قبضا في جميع الاعيان كما مر في محله ولا بد في توجيه سقوط الضمان عن المؤجر باعتبار عدم قبض المستأجر من ملاحظة ما ذكره في التذكرة من ان تفويت المنفعة وانما هنا مستند الى المستأجر لانها مال له قد امتنع من قبضه وحفظه ويحرم عليه الامتناع منه فترك الانتفاع في المدة المذكورة اتلاف المنفعة المملوكة بالعقد فلا ضمان على المؤجر لان ضمان القبض انما هو حيث يكون التلف مانعا منه او بتلاف ادمي سيما اذا كان التلف هو المستحق فانه بمنزلة قبضه كما في التذكرة من التوضيح او وضح واسد لكن ينبغي الاشكال فيما لو كان مورد الاجارة عينا كلية موصوفة ضعيفة للدفوع وما طلقا للوصف فان تعيينه واختصاصه الحق فيه موقوف

على قبضه او قبض الحاكم مع الامكان ولا يتشخص المستحق بدون القبض الا مع تعذر الحاكم او من يقوم مقامه من عدول المؤمنين في وجه كما انه لا يسقط الضمان عن العين الشخصية مع امتناع الحاكم المالك من قبضها الا بعد تعذر قبض الحاكم لها ايضا فاطلاق كلامهم في سقوط الضمان هنا لعله مبني على ذلك التفصيل ومما ذكرناه يعرف حال استيجار الحر على عمل من الاعمال فانه لا يبعد شموله لعبارة المتن وغيره لكن المحكي عن الشيخ وغيره والحلي ما هو صريح الفاضلين في الشرائع والتذكرة وغيرهما من انه لو بذل نفسه للعمل فمضت المدة التي يمكن ايقاع العمل فيها معينة كانت او مطلقة استقرت الاجرة ايضا لما عرفت من ان منافع الحر بحكمه بعد العقد عليها وانها صارت مالا للمستأجر فتبذلها المستحق لها فامتنع منها كما هو التلف لها وجرى ذلك مجرى قبضها في سقوط الضمان عن الاجير وان استشكله في جامع المقاصد ومجمع البرهان على ما حكي عنه من حيث ان منافع الحر لا تدخل تحت اليد استقلالا ولا تبعا لعدم ملكية العين الا ان هذا لا يخرجها عن كونها اموالا مملوكة فاذا اتلفها المالك بالامتناع من استيفائها كان اتلفها منه بعد تعذر استيفاء الراد مطلقا **قوله** ولا بد من كونها مباحة فلو استأجره لتعليم ولو استأجره لتعليم كفر او غناء او حمل مسكر بطل المراد اباحة المنفعة معناها الاعم الشامل لبعض المندوبات والواجبات التي يصح الاستيجار عليها فيكون الاحتراز عن المحرمة خاصة فلا يصح العقد عليها للنهي الشارع عن تحصيلها المقتضي بفعل اجارة او غيرها والنهي في مثله يقتضي الفساد ولا فرق في البطلان بين ما كان محرما في نفسه والاجرة له سوى المحرم كتعليم الكفر والغناء او لم يحرم محللا كحمل المسكر اذا لم يقصد به الاراقة او التخليل وقصد الشرب المحرم او لم يقصد وما كان محللا في نفسه محرم لتحريم ما اشترط فيه كاجارة الدكان لوضع الخمر فيها من غير خلاف احده بين الاصحاب الا ما حكاه في الشرائع من القول بالتحريم وانتفاء الاجارة فيمن اجل مسكنا ليحرز فيه خمرا او دكانا ليبيع فيه التزاما محرما او اجيرا ليحمل له مسكرا مع الا ان ماشئنا ان التعدي والانتفاع بغير المحرم فلم اظفر بقائله بل عن الخلاف الاجماع

١٩٧

على البدل الان في مثله وقد حكي في التذكرة عن ابي حنيفة تجويز استيجار كاتب ليكتب له غناء او نوحا
بالباطل واستيجار من يحمل الخمر لا للاراقة والتخليل واستيجار بيت ليتخذه بيت نار او كنيسة
او بيع فيه خمرا معللا بما ذكره ذلك القائل من عدم تعيين المحرم عليه وفيه ما لا يخفى من عدم
انا احدث الجهة عليه ودخوله المورد الاجارة فان مقتضاه اختصاص المنفعة بها وعدم جواز التعدي
الى غيرها كما اجره دابة معينة للركوب بدراهم معينة فانه لا يجوز التعدي الى غير المعين من الدابة
والدراهم مع ان جواز التعدي عن المعقود عليه فرع صحة الاجارة ولا صحة مع حرمة منفعتها
والاتيان بغيره اتيان بغير المعقود عليه وما ورد في الحسن والصحيح من نفي الباس عمن اجر سفينته
او دابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر والخنازير مع منافاته الدلالة على صحة الاجارة متى علم انه يحمل
ذلك من غير ان يقصده المؤجر ولا باس به كما عليه الاكثر بل لا ينبغي التامل في صحة العقد وان فعلا
محرما بناء على انه من المعين على الاثم لتعلق النهي بامر خارج عن المعقود وكذا لو قصد المؤجر
ذلك من غير مواطاة ولا اثم اشتراط فان المتجه تحريم العقد وصحته اما لو ادخل الجهة المحرمة
في العقد شرطا او شطرا او تعليلا او مواطاة قبل العقد فالمتجه بطلانه وعليه ينزل اطلاق محكي
الاجماع عن الشيخ على بطلان العقد لو استاجره لان يبيع فيها الخمر او يتخذها بيت نار او بيت
واطلاق خبر جابر او جابر عن الصادق في الرجل يواجر بيته فيباع فيه الخمر فالحرام اجره ان لم
يحمل على الكراهة كما سلف في المكاسب **قوله** ولا يكون معقودا على تسليمها فلا تصح اجارة
الابق وان ضم اليه شيئا امكن الجواز لاحتمال في اشتراط القدرة على تسليم المنفعة في الاجارة
كما في البيع الا ان مناط شرطيتها كما عرفت في البيع هو التحرز عن الغرر والسفه ونحو فلا يختص
البطلان في كل ما تعذر تسليمه ولا يتفرع عليه ما ذكره المصنف من بطلان اجارة الابق مع شهادة
العرف والعادة بانتفاء الغرر والسفه عن اجارة ما علم المتعاقدان بتعذر تسليمه بناء فاسد
يعوض يسير رجاء الحصول او لاجل منفعة لمن يتمكن منها كما لا غرر ولا سفه في اجارة من يتمكن
من قبضه او من كان بيده كالمغصوب بيد الغاصب وان كان المؤجر عاجزا عن التسليم مع عدم تمكن

المستاجر من القبض الا مع جهله والا كان غررا او مخاطرة في طرف المؤجر لاقدامه على اجارة ما يعتقد
تعذر تسليمه وبطالته كما بيناه في البيع واحتمال ان العجز عن التسليم والتسلم مانع في خصوص
الابق وان لم يكن مؤديا الى الغرر والسفه الخاصين للاجارة بالبيع حيث الثبوت ذلك في البيع بالنص
وبطلان القياس كما ان جواز بيعه مع الضميمة لا يقتضي جواز اجارته معها ايضا وان احتمل المصنف
هنا واقتصر عليه بعض من حكى وروده في عرض الادلة الموجبة للزوم بعد اختصاص النص بالبيع وحرمة
القياس ودعوى الاولوية الاجارة بالجواز من حيث خلوها من الجهالة الزمنية لاتحاد البيع بعد تسلمها
لا تخرجه عن حد القياس لكون الاولوية المشار اليها استنباطية لا لفظية فهي من قياس الاولوية
لا مفهوم مقابل مع سبق في البيع ان المتجه اختصاص الحكم وهو الجواز مع الضميمة على خصوص بيع
الابق فلا يتعدى الى ما هو بمعناه من العبد الضال والمجحود والمغصوب فضلا عن عدم اختصاصه على
مورد النص فيما خالف الاصل من وجهين صحة بيع غير المقدور بالضمان الى غير العقد ورفع لنز
لا يصير بذلك عقد ود او صرف الثمن ظاهر في مقابلة الضميمة مع الياس من الابق فانه مناف لما
يقتضيه قاعدة التلف قبل القبض من توزيع الثمن وانفساخ العقد فيما تلف ولذا ارتكب جماعة
خروج الابق عن المبيع وجعله كشرط البيع الملك اذا وجد ولعل نظر المصنف هنا الى ذلك حيث
احتمل التعدية الى الاجارة بجعل موردها الضميمة وان الابق كشرط الملك وهذا المعنى لا تم
من صحته في سائر العقود الا انه خلاف المعروض وخلاف ظاهر النص كما تقدم في البيع ولو خص
النص في خصوص البيع معتدلا لم يتجه الحاق غيره به وعلى فرض جواز اجارته مع الضميمة محل
فيها امكان ان ادوها بالاجارة وان لم ينفع لحمل الحرام ام ادوها بالبيع وان لم تؤجر كالطعام
ام يكون كل واحد من الامرين في كل واحد من البيع والاجارة اوجه اشار اليه في الروضة وحكي
عن المصنف تقوية المجانسة لان الظاهر ضميمة الجنس الى شيء الجنس فلن يل لا يتصور عدم انكار
الانضمام على جهة الشرطية بان يؤخذ الضميمة موردا للعقد والالزم ان يكون عقد الاجارة
بيعا او اجارة وعقد الاجارة اجارة وبيعا نعم لو كانت الضميمة بطريق الشرطية امكن الاكتفاء

بل لعلها في كل منهما الاول في الاكتفاء بالضم بطريق الشرطية محل تامل وان قوينا الاكتفاء به في كتاب البيع
قوله ولو منع المؤجر فانه كان قبل القبض فله الفسخ المنع الطاري على المنفعة بعد العقد عليها قبل
قبضها ان كان متلفا شرعا بطلت الاجارة وليس مرادا من العبارة لحكمه بثبوت خيار الفسخ
مع ان الثابت بالتلف هو الانفساخ لكون المنفعة بمنزلة المبيع التالف قبل القبض في الضمان
وانفساخ العقد بلا خلاف كما في التذكرة وظاهره نفيه بين المسلمين بل في الحدائق وغيره الاجماع
الاجماع عليه صريحا ولولاه لاشكل الحال في تعدية الحكم من البيع الى الاجارة لوجود النص في الاول
وفقده في الثاني وان قيل بانه مبناه عقود المعاوضة على تعويض ملك بملك وقبض بقبض الا ان
الثاني منهما لما كان غير معتبر في الصحة جبر الشارع من فاته من فيها بالخيار ما لم يكن تلفا ساقطا
فيبطل العقد الا انه كما ترى من استحسان لا يصلح الا مويدا للدليل بعد وجوده فالعمدة الاجماع
في المقام على ان التلف ما يحكم بكونه تلف عقلا او شرعا موجب لانفساخ العقد ورجوع المسمى
الى مالكه الاول وما يرد هنا ما مر في البيع من التام في كون التلف ناسخا من حينه والاصل بقاء العقد
وفي تعدية الحكم الى العوض واختصاصه بالمعوض فليلحظ وليتم وان كان المنع بسبب غير التلف المذكور
فالمشهور ثبوت الخيار وتسلط المستاجر على الفسخ مطلقا من غير فرق بين ان يكون المانع الا فامن
المؤجر او غيره او غصبا منه او من اجنبي بل عن الشيخ انفساخ العقد وسقوط الاجرة بالتلف والتخيير
او حالا له بقاعدة التلف قبل القبض كما هو احتمال التذكرة حيث يمنعه المؤجر مدة الاجارة من غير
استيفاء للمنفعة اما لو استوفاها فله الفسخ لمنعه التسليم فيرجع من المسمى وله الابقاء
فيطالب المؤجر المستوفي باجرة المثل والتخيير ان له الفسخ مطلقا لما مر في البيع من اختصاص قاعدة
التلف بما اذا تعذر الرجوع الى المتلف بالبدل مثلا او قيمة فالمؤجر كالاجنبي في الغصب وحصول
المنفعة في ضمانه تفويتا واستيفاء فحينئذ لا يفسخ المستاجر يرجع بعوض المنفعة على الوجه
وهو اجرة مثلها بل لو فوتت منفعة المستاجر من غير صحيح مدة فمنعها ايضا كالواجر وانه
او عبدا فقتله فان القيمة المتجه ثبوت الفسخ للمستاجر وله الامضاء فيطالبه باجرة المثل

كما لو قتل العبد المستاجر اجنبي قبل قبضه فان للمستاجر مطالبته بعوض منفعته مع عدم الفسخ
وبعضها له قيمتها وللمالك قيمة العين مجردة عن المنفعة ولو كان الاتلاف بفعل المستاجر فهو بمنزلة
قبضه واحتمل في التذكرة ان يكون الحكم كما لو تلفت العين بامر سماوي نظرا الى ان الاجارة انما
على المنافع وهي تفوت بالتلف كالمستقبل معدومة لا يتصور ورود الاتلاف عليها وردة عنه على
التصور فان استيلاء على العين اتلاف مستلزم لاتلافها وهو جيد اما لو كان المنع بسبب امتناع المؤجر
من تسليم العين للمستاجر مع استحقاقه تسليمها وعدم تمكنه من رفع امره الى الحاكم ليجبره على التسليم
او منعه او بسبب غصب العين من يده او بفعل العين المستاجرة كاباق وهرب الدابة ونحو ذلك فلا
اشكال في ثبوت الخيار هنا كما في البيع لتعذر التسليم الموجب للقصور باخير القبض وفوات
المنفعة فلو قصد ثمان المنع على وجه لا يؤدي الى قصور لا ضرر بالتاخير ولا الى فوات منفعة فلا
خيار ولو ثبت موجب الخيار ثم ارتفع بقي الخيار ان قلنا في الفورية حيث يكون فوريا وح فان اختار
الفسخ رجع بالمسمى والا طالب المؤجر بالتفاوت بينه وبين اجرة المثل ان لم يكن المانع اجنبيا والا
اختص الغاصب بالمطالبة باجرة المثل دون المؤجر وان احتمل بعضهم نظرا الى ان العين في يده مضمونة
قبل القبض وهو ضعيف لان ضمانه انما هو بالمسمى بعد انفساخ لا بقيمة المنفعة واجرة المثل
قوله وان كان بعده فان كان تلفا بطلت الاجارة وان كان غصبا لم تبطل ورجع المستاجر
على الغاصب اي ان كان المنع من الانتفاع بالعين بعد قبضها فان كان لتلفها بطلت الاجارة
للاذان ونحو التلف بعد القبض بدون مدة فاصلة لمثلها اجرة او بعضها ان وقع في الاثناء من
بلا خلاف اجده بين الاصحاب بل من غيرهم الا من شذ لتوهم ان قبض العين قبض للمنفعة وليس
كذلك لما مر من ان قبض المنفعة حقيقة هو استيفاؤها او التمكن منه وان الاكتفاء بقبض العين
في استحقاق المطالبة بالاجرة لمكان الدليل المنفي فيما نحن فيه ومع فلا اشكال في سقوط الاجرة
كلا ان تلفت المنفعة كلا او بعضا ان تلفت بعضا فيستحق المؤجر من المسمى بقدر المستوفي
وللمستاجر فسخ العقد في المدة الماضية لتبعض الصفقة عليه فيكون للآجر اجرة المثل

الا ان ظاهر الاصحاب هنا عدم تسلطه على الفسخ ولولا ذلك لامكن القول بالخيار كما لو
تلف بعض المبيع قبل قبضه وكان الفارق بينهما استحقاق المالك العوض هنا على تقدير
حصول الاستيفاء والاجرة مقسطة على المنافع بالعقد المتعلق العقد عقود متعددة فلا يثبت
الفسخ في عقد لفقد غيره بخلاف ما مر في البيع وعلى هذا فلا يرجع فلا و يتخير الفسخ
من المستحق للموجب انفساخ العقد في الاثناء وفسخه من المستاجر بعيب او شرط او من المؤجر لكون
المستوفى بالعقد الصحيح لا يقابل الا بالمسمى وانما تثبت اجرة المثل في المستوفى بالعقد الفاسد
وحينئذ فان كانت المنفعة متساوية الاجزاء فظ والا قوم الجميع وقوم الماضي منفردا فاخذ المؤجر
من المسمى بتلك النسبة وان كان المنع لغصب العين من يد المستاجر لم تبطل الاجارة قولا واحدا ولم يكن
للمستاجر الفسخ على ما قطع به الاصحاب من غير فرق بين كون الغاصب هو المؤجر او غيره لتحقق العقد
وبراءة المؤجر من الضمان من حيث عدم تسليم العين بتسليمها فلم يبق للمستاجر الا مطالبة المالك
وانما غصبت المنفعة من يده مع وجودها بوجود العين فلا رجوع له على المؤجر بشيء اصلا
ولا يثبت تسلطه على الفسخ لو غصبت العين قبل تسليمها لان القدرة على التسليم اسهاء واستدامة
شرط في الصحة واللزوم الا حين التسليم بحيث لا يتحقق التسليم بغصبه لم يثبت الخيار للمستاجر
لتعذر التسليم على المؤجر بخلاف ما اذا سلم العين اليه فانه قد ادى اليه ما عليه من الحق
ووجب الحمل بمقتضى الوفاء بالعقد ويشكل بان المستاجر العين ان كان مبرئا للمؤجر من الضمان
فمقتضى عدم تسلطه على الفسخ لو تلفت صفة الاستيفاء معها بفعلها كما لو ابق العبد
او هربت الدابة فلا يبقى عدم الانفساخ بتلفها لكونها معه مثلها قد تلف بعد قبضها البيع
لانه مبرئ للمؤجر من الضمان على هذا التقدير وان لم يكن مبرئا له من الضمان حتى يحصل الاستيفاء
وجب ثبوت الخيار له لو غصبت العين من يده لبقاء الضمان قبل تحقق الاستيفاء ويمكن الفرق
بان قبض المنفعة حقيقة هو استيفاؤها فاذا تلفت قبله فلا معقود عليه فيبطل العقد
وامتناع المنفعة بالهرب ونحوه موجب للخيار لكونه بحكم التلف لولا توقع الامكان المثبت للخيار

واما الغصب من يده فليس من التلف ولا اثمه هو بحكمه فلا بطلان فيه ولا خيار وهذا الكلام انما
نعلقنا الاجارة بعين مخصوصة اما لو تعلقت بالذمة فدفع الفرد لتحصيله فلا يطلب بالتلف ولا ١٩٧
خيار بغيره بل اللازم على المالك ابداله الا مع قوض الانحصار وفيه فيتسلط على الفسخ لتعذر
التسليم قوله ولو ظهر في المنفعة عيب فله الفسخ وفي الارش نظر ظهور العيب في المنفعة بعد
لوجوده في العين المستاجرة غالبا وبه يختلف المنفعة زيادة ونقصانا ثم ونقصا وبه الاجرة
ولذا عنون الفاضلان وغيرهما المسئلة بما اذا استاجر عينا فظهر فيها عيب نظرا الى الارتباط
عيب المنفعة بعيبها في الغالب والا فقد تكون العين سالمة من العيب الموجب للرد فيها في باب البيع
مع عيب منفعتها في الاجارة كما لو اجره دارا للركوب فظهر كونها خلوقا ابطيئة السير او ضعيفة
عن اللحوق بالاقران فانه عيب موجب للفسخ وان لم يكن كذلك في البيع وقد تكون عيبة في البيع دون
الاجارة كما لو اجره للحمل او الركوب خصيا او مجبوبا من الحيوان وقد يمثل له بالدابة الشرا والجلل
وليس كذلك لكونه عيبا منقصا في الاجارة للحمل لتنفر جمال الدابة في اجارة الركوب كما نص عليه في
التذكرة وكيف كان فما ذكره المص من ان له الفسخ بظهور العيب في المنفعة مما لا خلاف فيه لنفي
الضرر وغيرها مما مر في البيع وظاهرهم عدم الفرق بين كون العيب السابق على العقد والمتجدد
بعده كما سيجيء المص عليه وكذا لا فرق في العيب بين كونه منقصا لاصل المنفعة كمرض العبد المستاجر
وضعفه عن العمل او معونا لكمالها كجرح الدابة وبطء سيرها وعرجها ونحو ذلك لو توهم
ثبوت معيب في المنفعة لا يوجب نقصا تفاوت به الاجرة فالمتجه بالخيار ايضا لما سلف في
البيع من الاطلاق في المعقود عليه منزل على الصحيح لانصرافه اليه فلو ظهر معيبا فله الفسخ فلكونه
مميز له فوات الشرط او الوصف اذ لا فرق بين الصريح منهما والضمني بعد اسقاط ذلك من العقد لكن
الظاهر عدم تحقق عيب في المنفعة بهذه الاكثر وما في بعض العبارات من تقييد العيب هنا
بما اوجب نقصا في جوهره يميز عما لا يعد من العيوب فيها عادة وعرفا فلعله الملحق
والمتجه ههنا العيب في المقام ولا ارش هنا لو لم يفسخ على ما قطع به اكثر الاصحاب بل في الرائع

انه لا رضا من غير نقصان ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة فالظ ان مراده من فوات بعضها
فوات المنفعة التامة لمرض او ضعف في الاجير عن العمل التام كما مثلنا لا فوات بعضها الذاهب
بعض العين المستاجرة كانهدام بعض مساكن الدار المستاجرة فان تقسيط الاجرة مع الخيار
لازم هنا قطعا كما قطع به في جامع المقاصد والخيار في مثله خيار تبعض الصفقة على نحو
بيع العبدين لو تلف احدهما قبل القبض فلا اشكال في نقصان الاجرة في مثله وانما الاشكال
في نقصان الاجرة بالعيب المفوت لكمال المنفعة ولو بسبب موجب نقصان المنفعة الكاملة
كالمرض ونحوه وقد توقف المص هنا واستحسن الفاضل الشارح ثبوت الارش وفي جامع المقاصد
انه لا يستبعد كثيرا والمشهور عدم ثبوته وهو الاصح للاصل من غير معارض سوى ورود في
البيع ولا وجه لالحاق غيره به بعد بطلان القياس قوله ولو طرء العيب بعد
العقد فكذلك كانهدام المسكن اما ثبوت الفسخ للمستاجر بطرء العيب بعد العقد كثبوته
قبل العقد فما لا اشكال فيه ولا خلاف لبقاء المنفعة على ضمان المؤجر الى تمام الاستيفاء وما لو
استوفى شيئا من المنفعة فظهر العيب فله الفسخ في الباقي لعدم قبضه الذي لا يتحقق الا با
ستيفائه كما تقدم ولا منع من الخيار فيه والتصرف في الماضي لان المعتبر في التصرف المسقط
للخيار ما وقع في العوض المعيب الذي تعلق به الخيار وهو المنفعة وهي متجددة شيئا
فشيئا والعقد عليها بمنزلة عقود متعددة وما لم يستوف منها لم يتحقق فيه التصرف كذا قيل
وان كان فيه ما فيه والاولى ان يقال ان التصرف في البيع انما اسقط الفسخ لقيام الدليل الدال على
الضرر وهو الاشهر دليلا ولذلك يسقط خيار الغبن ولا يدل في المقام الا الارش في عيب المنفعة كما
عرفت والصبر على العيب ضرر منفي فما يقتضي اخبار دفع الفسخ واما ما مثل به للعيب المتجدد من انهدام
المسكن فلا يتم على الاطلاق فان انهدامه ان كان على وجه لا يمكن الانتفاع به اصلا ونقد اعادته
بان التلف المانع بطلت الاجارة وان كان على وجه يمكن الانتفاع به وان نقص او لم يمكن الانتفاع به
وامكن اعادته فبادر المؤجر في اعادته حتى فات شيء معتد به من المنافع على المستاجر ثبت له

بذلك الخيار لتبعض المنفعة عليه وان لم يبادر المؤجر الى الاعادة فان المتجه سقوط الخيار كما هو اختيار
العلامة في التذكرة وان تردد في الشرائع وقرب في القواعد بقاء الخيار وجعل في المسالك مبنى
الترددعلى تقدير اعادته مبادرة من زوال المانع مع عدم فوات شيء من المنافع ومن ثبوت الخيار
بالانهدام فيستصحب الى ان يدل دليل على سقوطه بالاعادة قال وهو قوي ونحوه ما في جامع المقاصد ١٩٨
فان لو ثبت الخيار بمجرد الانهدام لا تجه بقاؤه بمقتضى الاستصحاب لكنه في حيز المنع سيما اذا لم يثبت
شيء من النفع على المستاجر لان المقتضي للخيار في المقام هو التضرر بالعيب او التبعيض ولا ضرر كما هو
الفرض ولا دليل على ان الانهدام من حيث كونه انهداما موجب للخيار وان كانت المنافع بازائها ينتفع
بغير عيب اصلا مع ان الظ ايضا ان اجارة الدار والحمام ونحوهما مقام على عدم الانتفاع في مدة الا
وان الزمان يطرء من موانع الانتفاع مع مبادرة المالك الى ازالة الزمان لو تراخى بحيث فات بعض
المنافع او استوفاها معيبة ثبت الخيار وبقي ايضا وان ازال المالك بعد ذلك قوله ويستحب ان
يقاطع من يستعمله على الاجرة اولا الاصل فيه ما ورد في حديث المناهي من انه نهى رسول الله صلعم ان
يستعمل اجيرا حتى يعلم ما اجرته وعن الصادق عم قال من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يستعمل اجيرا حتى يعلم
ما اجرته وعن الرضا عم انه غضب على غلمانه وضربهم حين استعملوا اجيرا منهم من غير مقاطعة وقال
اني نهيتهم عن مثل هذا غير مرة وظ هذه الادلة كراهة الاستعمال مع عدم بيان الاجرة كما افتى به
جماعة لا استحباب المقاطعة كما هو ظ العبارة وغيرها الا ان يراد من الاستحباب رجحان الفعل ولو
باعتبار امتثال الخطاب الكراهة وكيف كان فهذا الحكم لا يمكن ان يصدق في الاجارة العقدية ولا المعا
بناء على اعتبار ما يعتبر في العقدية فيها سوى الصيغة اللزوم بيان الاجرة ومعلوميتها فلا
بد من حمل اباحة النهي والفتوى على المعاطاة وعلى افادة ما هو المشهور فيهما من كونها اباحة لا يعتبر
فيها ما يعتبر في العقود وان عمل بالاذن فان العامل يستحق العوض على عمله المحترم من الامر والاستنا
وعدم تبرع العامل به ولعل تسميته بالاجير من المجاز ولا يبعد سقوط الكراهة في مثل الحلاق
والفصاد مما تكون اجرته معلومة ولا يكفي في حصول المقاطعة الاحالة على اجرة المثل بان يقول

امل وان اجرة المثل لعدم معلومیتها ولذا یبطل العقد بجعلها عوضا قوله وان یوفیه اجره عقیب
العمل لا ریب فی استحباب ذلك لما فیه من المبادرة الی اداء الحق بل قد یجب ذلك مع المطالبة ولو
بشاهد الحال ولقول الصادق ع فی الحمال والاجیر لا یجف عرقه حتی تعطیه اجرته وعنه ع اعطهم اجورهم
قبل ان یجف عرقهم قوله ویکره ان یضمن الا مع التهمة ای یکره تغریم الاجیر ما یتلف بیده من العین
المستاجر علی العمل فیها وهذا الحکم مبنی علی صورة ضمان الاجیر کالصانع من قصار او خیاط او حائك
او غیر ذلك مما الحق به من مکار او ملاح او طبیب وبیطار فان المعروف بین الاصحاب بل المجمع علیه
بینهم ضمانهم ما افسدوه بفعلهم وقد ادعی الاجماع علیه جماعة والنصوص فالمستفیضة کقول الصادق ع
کل عامل اعطیته اجرا علی ان یصلح فافسد فهو ضامن وقال ع کان ابی یضمن القصار والصائغ ما
کان فاسدا وکان علی بن الحسین ع یتفضل علیهم وح فیکون الاولی عدم تضمینهم الا مع الاتهام
بالتفریط وترك الاحتیاط فی العمل فلا یکره الضمان ولما رواه فی الفقیه قال کان امیر المؤمنین ع
یضمن القصار والصائغ ولم یکن احد منهما یصلح فاسدة وکان ابو جعفر ع یتفضل علی القصار
والصائغ اذا کان مامونا والظاهر ان الحکم بالضمان هنا موافق لقاعدة تسبیب الاتلاف للضمان
ان فرضناه علی صورة التعدی کما یظهر من امثلتهم بالقصار یخرق او یحرق والحجام یجنی فی حجامته
والختان یختن فیسبق موسه الی الحشفة او یتجاوز حد الختان وکذا الکحال والبیطار وانحصر
علی الختان الی غیر ذلك من الامثلة الظاهرة فی خطاء الصانع وتعدیه عن العمل الماذون فیه
وان لم یکن مفرطا ومقصرا فی الاجتهاد ولا شبهة فی اقتضاء ذلك الضمان فلا فرق بین الصانع
وغیره ولا بین من اعطی الاجرة علی العمل وغیره فی لزوم الضمان کما هو الموافق لاطلاق النص فلا یکون
الضمان مع التعدی موافقا لقاعدة تسبیب الاتلاف لان فعله لم یقع وفق ما امر به الآمر فلا یجب بد
ما لو اجره بقطع یده فانه لا ضمان بفعله علی هذا التقدیر لسقوط المال علی الاتلاف فیما علمه
حرمته الا وح فینبغی الاقتصار علی الصناع ومن الحق بهم نصا او اجماعا بهم وان الحکم فی التخریج
بان الختان والحجام والمتطبب انما هو لتجاوز محل القطع مع حذقهم فی الصنعة فاتفق التلف
فانهم

فانهم لا یضمنون بل حکی فی الکفایة عن بعضهم انه یجری فی الصانع مثل ذلك کما لو فرض ان القصار
والصباغ مثلا لم یتعد ولا تعدی فی القصر والصبغ اصلا الا ان الثوب کان بحیث لو لم یصبغ ولم یقصر
لم یحترق فکان متهیئا لقبول ذلك ولم یستبعد فی الکفایة ذلك ان لم یکن اجماع فی المقام فلا
یبعد ان یکون اطلاق النص منزلا علی ذلك فان المتبادر من الافساد ما کان بفعل وانه علی
الفساد ولو لم یتحقق الافساد عادة لتباد ره مما کان علی وجه المتعارف من القصر والصباغة فان
حصول الافساد ببعض العوارض المانعة کما لا یخفی وکما یضمن الصانع بالاتلاف فکذا بالتلف مع
التعدی او التفریط بل قیل بضمانه مطلقا وان لم یفرط واشار الی هذا القول فی الشرایع وغیرها ونسب الی
ظاهر المقنعة والمرتضی والمحکی عنهما من کلامهما ظاهر فی التضمین مع ثبوت التلف ببینة ونحوها
ومرجع الخلاف فی قبول دعواه التلف بدون بینة لا فی البطلان مع بعد ذلك مع تحقق التلف مع
فذ یعطی الخلاف فیما حکاه فی المخ عن ابن البراج حیث حکی عنه انه لو اتلف اجنبی الا العین التی بید
الاجیر یتخیر المالك بین الرجوع علی الاجیر والاجنبی فانه ظاهر فی التعلیق بتعلق الضمان بالاجیر
ولا شبهة فی ضعف هذا القول بعد قصور ومخالفته لقاعدة الائتمان لو استند فیه الی جملة من
النصوص کصحیح الحلبی عن الصادق ع قال کان امیر المؤمنین ع یضمن القصار والصائغ احتیاطا للناس
وکان ابی یتطول علیه اذا کان مامونا ونحوه خبر ابی بصیر وخبر السکونی الا انه فیه وکان لا
یضمن من الغرق والحرق والشیء الغالب وخبر یونس عن الرضا ع فی القصار والصائغ ایضمنون قال
لا یصلح الا ان یضمنوا قال وکان یونس یعمل به ویاخذ وصحیح الحلبی عن الصادق ع فی رجل حمل مع
رجل فی سفینته طعاما فنقص قال هو ضامن وخبر مسمع عنه ع قال قال امیر المؤمنین ع الاجیر
المشارك هو ضامن الا من سبع او من غرق او حرق او لص مکابر ونحو ذلك مما یمکن جمعها ومعارضا
ولما دل علی نفی الضمان کصحیح ابن عمار عن الصادق ع فی الصباغ والقصار قال لیس یضمنان وخبر بکر بن حبیب
قال قلت لابی عبد الله ع اعطیت جبة الی القصار فذهبت بزعمه قال ان اتهمته فاستحلفه وان
لم تتهمه فلیس علیه شیء وفی اخر عنه ع قال لا یضمن القصار الا ما جنت یداه وان اتهمته

احلفته ونحو ذلك من الاخبار التی ضمانا ورد فی نفی الضمان عنه اذا لم یکن متهما او اذا کان مامونا
وما ورد فی نفی ضمانه اذا اقام بینة علی دعوی التلف لاشتراك الجمیع فی الدلالة علی نفی الضمان
مع تحقق التلف وعدم تعدیه کما هو محل البحث فلا مناص من اطراح نصوص الضمان لمعارضتها
بما هو اکثر منها عددا واوضح سندا مع مخالفتها لقاعدة الامانات وللشهرة التامة والاجماع
او تنزیلها علی صورة اتلاف الاجیر کما لعله الظاهر من اکثرها او تنزیلها عن غیرها من النصوص علی ارادة
ذلك او علی صورة دعوی التلف مع الاتهام وانه کان الحق ضمانه علی هذا التقدیر یحلف الیمین ایلم
نقم بینة علی دعوی التلف کما سیاتی الکلام علیه فی محله ان شاء الله وکیفما کان فلو اثبت ضمانه بالتلف
اما مع التعدی والتفریط الثابتین بالبینة اکره تضمینه الا مع التهمة بتفریطه کما یکره تحلیفه
لتضمنه الا مع التهمة وتضمینه للنکول عن الیمین لو قضینا بالنکول وتضمینه باشتراط الضمان علیه
بدون التفریط لو قلنا بصحة الشرط الا اذا کان متهما قوله مسائل الاولی من تقبل عملا فله تقبیله
غیره باقل مما تقبله علی الاقرب ولو احدث فیه حدثا ولا یجب الاحلاف فی ان من تقبل عملا
فی ذمته من غیر اشتراط المباشرة علیه جاز ان یقبله غیره باس ما له لو بزیادة او بنقصان ان
احدث شیئا وان قل فی مقابلة ما یستفضل من الاجرة کان یعمل شیئا مما تقبله او یضم الی
المتقبل الثانی خیطا او عملا مشروطا علی نفسه فی العین التی تقبل العمل بها او فی غیرها علی
تامل وانما الخلاف فی جواز تقبیله العین بنقصان عن ضمه علی الاعیر فالمنسوب الی المشهور
المنع للنهی عنه فی جملة من النصوص کصحیح ابن مسلم عن احدهما علیهما السلام انه سئل عن الرجل
یتقبل بالعمل فلا یعمل فیه ویدفعه الی اخر فیربح فیه قال الا ان یکون قد عمل فیه شیئا وفی خبره
الاخر عنه ایضا فی الرجل الخیاط یتقبل العمل فیقطعه ویعطیه من یخیطه ویستفضل قال لا باس
قد عمل وخبر علی الصائغ قال قلت لابی عبد الله ع اتقبل العمل ثم اقبله من غلمان یعملون معی
بالثلثین قال لا یصلح ذلك الا ان تعالج معهم فیه قال قلت فانی اذیبه لهم قال فقال ذلك
عمل فلا باس ونحو ذلك من الاخبار التی لا ظهور فیها لما عدا الاول منها بالمنع ومع
ذلك

ذلك فهی معارضة بما هو دال علی الجواز کصحیح ابی حمزة المروی فی التهذیب عن ابی جعفر ع قال سئلته
عن الرجل یتقبل بالعمل فلا یعمل فیه شیئا ویدفعه الی اخر یربح فیه قال لا باس کذا
فیما حضرنی من نسخ ب وعن ابن ادریس والعلامة ایراده کذلك ایضا ومن الغریب ما فی الوسائل
وغیرها من ایراد الجواب بلفظ لا الظاهر فی المنع ویؤکد الجواز ما فی خبر الحکم الخیاط قال
قلت لابی عبد الله ع انی اتقبل الثوب بدراهم واسلمه باقل من ذلك لا ازید علی ان اشقه قال لا باس
بما تقبلته من عمل ثم استفضلته لعمومه وعدم صلاحیته للتخصیص عن السؤال وهو صریح فی
الحمل والاولی العموم من الفائدة بل هذا هو کالنص علی الشمول بین الصورتین فی الجواز وکما
هو الموافق للاعتبار وهذا ذکره الفقهاء جمعا بین الاخبار ویعضده ما سیعرف فی اجارة
العین المستاجرة بالاکثر فما علیه المص والعلامة وابن ادریس وثانی المحققین والفاضل الثانی
وغیرهم من الحکم بالجواز مع کراهة العمل وصرف النصوص المانعة والیها الی الکراهة هو الاقوی ولا
فرق فی هذا الحکم بین العمل المتقبل فی عین ولا بین التقبیل بعقد اجارة او صلح او شرط او غیر ذلك
وحیث جاز تقبیله العمل للغیر ففی جواز تسلیمه العین للمتقبل الثانی بدون اذن المالك ما
مر من الخلاف فی مسئلة جواز اجارة العین المستاجرة فان الاقوی عدم احتیاج المستاجر وهو
وهو الجواز وان کان المشهور المنع والبطلان قوله الثانیة لو استاجر عینا فله اجارتها بالاکثر مما
استاجرها به وقیل بالمنع الا ان یکون بغیر جنس الاجرة او یحدث فیها صنعة القول بالمنع بدون
التقدیر المذکور هو مذهب الشیخین واکثر الاصحاب علی ما فی جامع المقاصد بل فی الغنیة
الاجماع علیه لکن المنسوب فی التذکرة الی الاکثر علمائنا هو الجواز بل نقل القول بالمنع معظم هو خلاف
المشهور لا قتصار جملة من الفتاوی علی بعض ما اشتملت علیه النصوص المفیدة وعن الصدوق المنع
الا فی خصوص الدار والحانوت بالاکثر وکذا المحقق فی الشرایع الا انه اضاف الیهما الاجیر وحکی
عن بعضهم انه اضاف الی ذلك الرحی والسفینة ومع ذلك فلم نجد فی النصوص ما یدل علی المنع
مط بل الوارد فی صحیح الحلبی انه لا یصلح ذلك فی الدار والا ان یحدث فیها شیئا وکذا فی صحیح الاخر

وفي خبر ابي بصير قال اني اذا استاجرت دارا وحدها ثم اواجرها باكثر مما استاجرتها به الا ان يحدث فيها حدثا او يعمل عمارة وفي موثق اسحق بن عمار عن جعفر عن ابيه عم الا انه اباه كان يقول لا باس ان يستاجر الرجل الدار او الارض او الدابة او السفينة ثم يواجرها باكثر مما استاجرها به اذا اصلح منها شيئا وهذه النصوص ونحوها قاصرة عن افادة المنع لضعف خبر ابي بصير وصراحة خبر الكراهة وعدم صراحة الموثق الاخير بالمنع بل والصحيح الاول فان لفظ لا يصلح اعم من الحرمة كما مع ذلك فلا يمكن استفادة عموم المنع منها الا بدعوى ارادة المثال او القطع بالغاية او الخصوصية لعلها على سبيل الشيء بعد وورود ما يدل على التفصيل بين اجارة الارض واجارة الحانوت والبيت والاجير كالصحيح عن الحلبي عن الصادق عم في الرجل يواجر الارض ثم يواجرها باكثر مما استاجرها قال لا باس ان هذا ليس كالحانوت ولا الاجير ان فضل الاجير والحانوت حرام وخبر ابي الربيع عنه عم في الرجل يتقبل الارض من الدهاقين ثم يواجرها باكثر مما تقبلها به ويقوم بحظ السلطان فقال لا باس به ان الارض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام ولعل هذين الخبرين هما مستند المحقق حيث اقتصر في المنع على الامور الثلاثة وحكم في الارض في باب المزارعة بكراهة اجارتها باكثر ولكن في دلالتهما على جواز اجارة الارض بالاكثر مما تقبلها او الغاية بان المزارعة حتى يكون التفصيل بين المزارعة والاجارة لا بين الاعيان المستاجرة على نحو ما ورد في خبر الحلبي عن الصادق عم سئل عن تقبل الارض بالثلث او الربع فاقبلها بالنصف قال لا باس به قلت فاتقبلها بالف درهم واقبلها بالفين قال لا يجوز قلت لم قال لان هذا مضمون وذلك غير مضمون ونحوه خبر اسحق بن عمار عنه عم وقد دل على التفصيل بين المزارعة على الارض وبين اجارتها ظاهرا ولا وجه للاستناد اليها فيما حكاه في المخ عن ابن البراج في الكامل من التفصيل في الاجارة بين النقدين من ذهب وفضة وغيرهما فمنع من الزيادة في النقدين دون غيرهما اذ لا وجه للخصوصية للنقدين من الجزئين الا من حيث كونهما مضمونين في الذمة وهذا المعنى مشترك بينهما وبين غيرهما من العوض المضمون في الذمة كالطعام وغيره فليس سوى

التفصيل

النفصيل بين الاجرة المضمونة على نقد يوريد بين الحصة المشروطة في المزارعة فانها غير مضمونة والاصل الاعمال نقدا بحصولها وما ذكرناه يظهر ضعف ما حكي عن ابن الجنيد من التفصيل بين كون راس المال في الاجارة ربويا وغيره فيمنع من الزيادة في الربوي لمحل ورود الربا دون غيره لوضوح ان ما نحن فيه من ادلة الربا المخصوص بالقرض والبيع لو مطلق المعاوضة على المجانسين بل هو مقيس باشتراط شيء وبعيد بالاكثر منه فكما ان الاسترباح في البيع جائز غير منافي ولا دال لان لا تحريم الربا فكذا الحال في العقد بالاكثر مما استاجرها به فالحق جواز ذلك على كراهة من غير فرق بين سائر الاعيان المستاجرة ارضا كانت او غيرها ولو قيل بالمنع تعبدا وجب الاقتصار على خصوص الاعيان الثلثة التي منع المحقق منها كما يجب الاقتصار على خصوص ما اذا كان انتقال المنفعة ونقلها بعقد الاجارة دون غيره ولا بد دخلا في الزيادة الممنوعة ما لو اجر بعض العين بتمام ما استاجره به وانتفع بالبعض الاخر الذي هو للاصل من غير ما يصلح للمعاوضة ولصحيح الحلبي عن الصادق عم قال رجل استاجر دارا بعشرة دراهم فسكن ثلثيها واجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به باس ولكن لا يواجرها باكثر مما استاجرها ونحوها فخبر ابي الربيع المروي في الفقيه حلا فالمحكي عن الشيخ من منع ذلك ايضا لحد ورود الربا ومعه فدعوى ما فيه ولخبر سماعة عن من اشترى مرعى يرعى فيه بخمسين درهما او اقل او اكثر فاراد ان يدخل معه من يرعى فيه وياخذ منهم الثمن قال فليدخل معه من شاء بعض ما اعطى وان ادخل معه بتسعة واربعين وكانت غنمه بدرهم فلا باس الحديث بناء على ان المراد من الشراء فيه معنى الاستيجار ومثله خبره المروي عن علي بن جعفر عن اخيه عم وهو على فرض صلاحيته للمعارضة منزل على الكراهة جمعا بين الاخبار وكيف كان فلا خلاف في زوال المنع او الكراهة بما لو احدث المستاجر في العين شيئا لم يكن قبل استيجارها من حفر بئر او شق نهر او اصلاح بناء او انفاق نفقة من ماله ونحو ذلك للاجماع والنصوص كما ان الظاهر زوالهما مع تغاير جنس الاجرة للاصل ونقل الاجماع والنفاء الربا لو كان المقتضي للمنع ونباء والاكثرية عليها من النصوص المنافية من الاجارة دونها بالاكثر لا الاكثرية بحسب القيمة بل قد لا تصدق الاكثرية

فيه حقيقة وان صدق الاسترباح والله العالم قوله الثالثة اذا وطئ في العين المستاجرة ضمن قيمتها يوم التفريط والاقرب يوم التلف ولو اختلفا في القيمة حلف الغارم لا خلاف في ان التفريط موجب لضمان العين المستاجرة كما ان التعدي كذلك ايضا ولعل المراد من التفريط في العبارة ما يعم التعدي لشيوع اطلاق كل منهما على ما يعم الاخر ومعنى الضمان بهما حكم على المستاجر بانها لو تلفت وجب عليه بدلها مثلا او قيمة ولو بافة سماوية وبتلف او اتلاف اجنبي فلا فرق بين تلفها بهما او بعدهما في مدة الاجارة او بعدها اخذا بعموم على اليد ما اخذت حتى تؤديه وما دل على عدم ضمان الامانة عرفا وشرعا ولا الحاقها بالتفريط والتعدي لا تقتضيا بما حدا العقد منها المالك على الامين في الائتمان فلا يكون فيقتصر على وجه التعدي او التفريط ما دونها فهو فذلك موجب لتضمين اليد فيستصحب الضمان وان عاد الامين الى الائتمان والتزم بالحال فظهر على ما وصفه المالك واشترط عليه من الحفظ والتصرف في عقد الاجارة مصرحا او ضمنا ولا فرق في الضمان بالتعدي والتفريط بين حصولهما عمدا او خطاء على الاقوى وان انتفى الاثم مع الخطاء والنسيان لكنه لا يرتفع الضمان لعموم اليد كما لا فرق بين استقلال يد المستاجر عليها او شاركه المالك لعموم على اليد فيضمن المستاجر للتعدي تمام المثل والقيمة من غير استيلاء كل من اليد على تمام العين وعدم ضمان احدهما لكونه مالكا لا ينافي ضمان الاخر لكونه متعديا ومنه يعلم انه لو تعدى في العين بزيادة حملها او بتجاوز المسافة ونحو ذلك فتلفت العين بذلك ضمن الجميع من غير تقسيط والتوزيع وان حكي عن بعض المخالفين انه ان كان المالك معه ضمن النصف والاصح الاول فيما سئل ما لو جرح نفسه بجرح وجرحه غيره ثم فسرى الجرحان فانه لا يضمن النصف وهو كما ترى فان الضمان في الجرح مستند الى الجناية فيوزع بخلاف ما نحن فيه فانه مستند الى اليد وهي فاضية بضمان الكل مع التعدي فلا اشكال في كون المضمون مع التعدي او التفريط تمام القيمة وانما الاشكال في تعيين القيمة المضمونة حيث تختلف زيادة ونقصانا للاختلاف السوق فهل هي قيمتها يوم التفريط والتعدي او قيمتها

بوم التلف

يوم التلف او يوم الرد او اعلى القيم من يوم التفريط الى يوم الرد وجوه واقوال قد سلف التنبيه على بعضها وبان تفصيلها يعونه الله تم في الغصب اقوالها ما قرب المعتبر هنا هي اعتبار يوم التلف لان الواجب مع بقاء العين ردها من غير ضمان ما ينقص من القيمة السوقية بالاجماع المعلوم والمنقول عن التذكرة وغيرها فاذا تلفت وجب القيمة حين لانتقال الحق اليها حينئذ ولا ينافيه حكم الاصحاب بكون العين مضمونة حين التفريط اذ المراد من ضمانها الحكم بلزوم قيمتها لو تلفت لا الضمان الفعلي فعلا وبه يظهر ضعف القول بكون القيمة معتبرة يوم التفريط لانه اول دخولها في الضمان وان نسب الى الاكثر كما يظهر ضعف القول باعتبار الاعلى من القيم من حين التفريط الى يوم التلف منسب الى علمائنا والى الاشهر فان مبنى القولين على تحقق ضمان القيمة واشتغال الذمة بها فعلا من حين التفريط فمن اعتبر يوم التفريط لحظ انه انما اشتغل بها فيستصحب ومن اعتبر الاعلى لحظ اشتغال الذمة بها في جميع هذه الاوقات فيستحق المالك باعتبار كل منها اعلاها او منعها اما ما عرفت من ضمان القيمة فعلا قبل التلف لا يقضيا دالخطاب برد العين مع الامكان فلا وجه لضمانها حين التفريط سوى الحكم باداتها لو تلفت وجب بدلها وهو القيمة فلا وجه لاعتبارها قبل التلف كما لا وجه لاعتبارها يوم الرد او اعتبار اعلى القيم اليه الا على القول بضمان القيمي بمثلها كما ينسب الى الاسكافي والى ظاهر الشيخ في الخلاف والمحقق في باب القرض فان المعتبر في قيمة المثل زمان الرد لانه وقت تعذر المثل كما ان المعتبر قيمة القيمة حال الحلول لانه زمان الدفع الى حين تعذر الرد فعليه قلت ان اكترى بغلا كسل وبرا او غيره فقال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه وهو يقتضي ضمان قيمة ما نقص من العين مع انه ورد فيه ايضا ما يقتضي اعتبار قيمة العين في يوم التعدي حيث قال الراوي لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني فقال عم نعم قيمة البغل يوم خالفته بناء على ان الظرف صلة للقيمة لكنه غير متعين لجواز ان يكون متعلقا بالفعل المقدر اي يلزمك يوم المخالفة او يوم الرد القيمة وح فلا يكون زمان القيمة مبينا فيه بل يرجع فيه الى ما يقتضيه الدليل وقضاه

في جميع النفقة التعب والله العالم قوله ولو اختلفا في النفقة حلف القادم اي المستأجر فانه الولي قوله لانه منكر للزيادة والاصل عدمها فيقدم قوله حيث لا بينة للمالك على الاقعة بعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر وهذا هو المشهور بين الاصحاب لكن في الحجج الشيخ في بين القول بتقديم قول المالك مع نظرا الى خروج اليمين بالتفريط عن الامانة فلا يعتد بقوله وقد مر منافيه من ان تقديم قوله ليس من حيث الامانة بل من حيث الانكار فلا فرق بين امانته وعدمه مع يدل على ما قاله الشيخ هنا ما في صحيح ابي الولاد الوارد في البغل حيث قال ع اما ان يحلف هو القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك والعمل به متجه لولا مخالفته للقاعدة والشهرة قوله الاجير مؤنة العبد او الدابة على المالك ولو انفق عليه المستأجر بنية الرجوع صح مع تعذر اذن المالك او الحاكم اما ان نفقة الحيوان مطلقا دابة كان او عبدا على المالك دون المستأجر فمما لا اعلم فيه خلافا فان حكموا في مستأجر القافلة بانه لو اهمل سقيها وعلفها كان معرضا ضامنا فان الغرض منه وجوب العمل باعتبار كونها امانة في يده يجب حفظها حيث لا يكون معها صاحبها واما المؤنة التالية فلا تلزم سوى مالك المنفعة والاصل براءة ذمة غيرهما ونحو فلو لم يكن صاحبها معها كان الحكم فيها على نحو ما مر في الوديعة من ان المالك ان اذن بالسقي والعلف انفق المستأجر من ماله وكان له الرجوع به ان لم يقصد التبرع وان لم يأذن توصل الى الاذن مع الامكان فان تعذر رجع الى الحاكم فيفعل ما هو الاصلح للمالك فان تعذر اشهد على الانفاق عليها ورجع بما انفق فان تعذر الاشهاد انفق من غير اشهاد ورجع مع نية الرجوع ولو منعه المالك من الانفاق فرجع الى الحاكم فان تعذر وجب الانفاق عليها على ذي الروح كفاية وفي استحقاق الرجوع على المالك ايضا وجهان اقواهما العدم كما مر ذلك مفصلا في الوديعة فليلحظ قوله ولو استأجر اجيرا لينفذ في حوائجه فنفقته على المستأجر في المشهور الا ان يشترط على الاجير الخادم المختص عمله بالمستأجر على وجه لا يمكنه الاكتساب كما يظهر من تقييدهم

٢٠٣ الاجير بالتنفيذ في حوائجه وتعليلهم الحكم بان استحقاق المنافع مانع من جهة المنافع المنافي النفقة عليه ومع ذلك فتقييد المعنى الحكم الى المشهور يؤذن بعدم وجوده فيما هو في محله فان عقد الاجارة جارية لم يقتض اذ بد من مقابلة كل من العوضين والاصل براءة الذمة عما زاد عن الاجرة المعينة من نفقة وغيرها الا مع اشتراطها عليه او قضاء عادة بها كما قد يدعي ذلك بالنسبة الى بعض الاعمال في هذه الاعصار ولكن استناد المشهور هنا على ما قيل الى النقل هو خبر سليمان ابن سالم عن الرضا ع سألته عن رجل استأجر رجلا بنفقة ودراهم مسماة على ان يبعثه الى ارض فلما ان قدم اقبل رجل من اصحابه يدعوه الى المنزل الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر فنظر الاجير الى ما كان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافاه به الذي يدعوه فمن مال من تلك المكافأة من مال الاجير او من مال المستأجر قال ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله والا فهو على الاجير وسالته عن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ولم يفسر شيئا على ان يبعثه الى ارض اخرى فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب والحمام فعلى من قال على المستأجر وعلل مع ذلك بان استحقاق منافعه في جميع الازمنة يمنعه من تحصيل النفقة لنفسه فتلزم المستأجر والتعليل عليل فانه لا يمنع التنفيذ في الاتي من جملة الاجرة ولذا لا يلزم المستأجر نفقته عيال الاجير والخبر مع ضعف سنده لجهالة الراوي وقيل ودلالة مضمون حيث السؤال ذكر النفقة في العقد شرطا او شطرا فلا اشكال في وجوبها على المستأجر على هذا التقدير وليس ظاهره الدلالة على وجوبها على المستأجر لم يقصد الاجير المراد من النفقة المفروضة في السؤال معطوفا على المال وعطف الدراهم المسماة عليها في السؤال الاول من عطف الخاص على العام كما يومي اليه ذلك تنكير النفقة في السؤال الثاني واراده ها من الدراهم في السؤال الثاني ووصفها بكونها مسماة اي معينة فيه فلو اريد منها معنى مؤنة الاجير لا ضيف اليه ولكان السؤال عن دخول الثياب والحمام في المؤنة بعد فرض تعينها بما اعينت به بغير مستحسن والجواب بالدخول غير صواب ولو لم يطعن احد من الاصحاب بضعف الدلالة بل حملوه على اشتراط المؤنة وتركوه على ذلك صيانة له عن الطرح لضعفه ومنافاته للقواعد الشرعية وانتفاء ما يجبره

سوى دعوى انجبار هنا الشهرة على مضمونه ولعلها غير محققة فان القول بانها على الاجير المستأجر منحصر على ما قيل عن الشيخ في النهاية والقاضيين في الفرائض والقواعد والارشاد مع ان المحكي عن ابن ادريس والعلامة في اكثر كتبه وغيره المحققين والمحقق الثاني والفاضل الشارح ومن تاخر القول بانها على الاجير بل قد التذكرة نسبة بعض الحنابلة نفي الخلاف عنه لكن في التذكرة قال منها الخبر محمول على انه انفق الاجير على المستأجر الا ان يشترطها على الاجير ولعله بذلك الخبر سليمان المذكور اذ لا عبرة فيها اصلا بالنفقة ولذا لم يستدل في الجواب لقول الشيخ بغير مضمون اعلى ايراد السؤال الثاني وهو مؤكد لما اوضحناه من ان الاثر المراد من النفقة غير المؤنة وان معنى قول السائل ولم يفسر شيئا اي لم يذكر شيئا عن الاجير وكيف كان فحيث شرط النفقة على المشهور للاجير او لغيره من الحيوان فلا بد من تقديرها او توصيفها كما يوصف في السلم ان جعلت جزءا او جزءا منها رفعا للجهالة والغرر وان جعلت شرطا ففي اعتبار توصيفها وجهان اقواهما العدم كما قواه في التذكرة اغتفارا وبعض الجهالة في الشروط كما مر مرارا اما لو وجبت النفقة بسبب العادة فهي متنفسة عند الاجارة الشرع فلا يعتبر وصفها بل يكفي القيام بها على ما يتعارفها والا يعتبر في سائر النفقات ولو استغنى الاجير عن النفقة بطعام نفسه او غيره او بجبر عن الاكل لمرض وغيره لم يسقط نفقته وكان له المطالبة بها الا كونها عوضا او حكمها كما سمعته في خبر سليمان ابن سالم قوله الخامسة لا يجوز اسقاط المنفعة المعينة ويجوز اسقاط المطلقة وكذا الاجرة هذا الحكم مما لا خلاف فيه على الظاهر وعلل بان الاسقاط بمعنى الابراء فلا يتناول الا ما في الذمة من منفعة او اجرة دون الاجرة المعينة او المنفعة المعينة في عين مخصوصة فانها بحكم الاعيان ولا يخرج عن ذلك ما لكها وينتقل في ملك غيره بالاسقاط والابراء بل انه يتوقف نقلها وانتقالها على ما وضع الشارع لنقلها من بيع او هبة ونحو ذلك ولولا ما يظهر من الاجماع على جريان المنافع المجردة المنفعة مجرى الاعيان لامكن القول بصحة ابرائها للحق في سقوطها بالاسقاط من حق تحقق اوجبها او لحجر او دمها ونحو ذلك قوله واذا تسلم اجيرا ليعمل له صنعا فهلك لم يضمن اذا هلك الاجير بعد قبضه وتسلم للعمل

٢٠٤ لم يضمنه المستأجر من غير خلاف بين اصحابنا وان حكي عن بعض اهل الخلاف القول بضمانه او في حصوص العبد ولا وجه له لان الاجير ان كان حرا فلا يدخل تحت يد قبضه كلا فيضمن فلا يضمن الا بالجناية عليه مباشرة او تسبيبا وان كان عبدا فغاية ان يكون كالعين المستأجرة امانة لا تضمن الا بالتفريط او الجناية عليها ولا فرق في عدم ضمان الاجير بين الكبير والصغير ولا بين قبضه بالعقد الصحيح او الفاسد لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وكذا الامر في نفي كونه بعمل المستأجر عليه او بغيره في مدة الاجارة او بعدها حيث لا يحبسه المستأجر فيضمن عاقبه فان حبسه وكان مملوكا فلا يبعد وبين ما لو كر حيث يطلبه ضمنه عينا ومنفعة كلا او بعضا وان كان حرا لم يضمنه لو انفق تلفه من غير جنايته سواء كان من قبل الله تعالى او بسبب خارجي كالحر والغرق بلا خلاف فان كان كبيرا وفي الصغير لو هلك بسبب لدغ حية او وقوع حائط فلان فالاشهر عدم الضمان وعن الشيخ وجماعة ضمانه لتسبيبه الاتلاف في الحرة عن دفع ذلك عن نفسه وعليه فيلحق به المجنون والكبير حيث لا يمكنه دفع ذلك عادة عن نفسه ويأتي بعون الله تحقيق الحال في محله قوله السادسة كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر كالقتب والزمام والحزام والمفتاح في الدار والضابط فيه وجوب ما جرت العادة بوجوبه على المؤجر وهو مختلف باختلاف مواده كالاجارة فانها ان تعلقت بعين كالدابة والاجرة وابتداء معينة لركوبه لزم المؤجر مع الاطلاق توطئتها بما جرت العادة به في مثلها من قتب او رحل او برذعة او سرج او وضع وسن وزمام ولجام على حسب ما هو المتعارف في تلك الدابة لو حولها في عقد الاجارة ضمنا بحكم العادة التي هي بمنزلة الاشتراط كما يلزمه الفاعل والسائق والاعانة على الركوب ووضع رجله واناخته بعيرا حيث يشترط مصاحبته ويلزمه رفع الحمل والاحمال وشدها وحطها ونحو ذلك مما يقتضيه العادة به ولو اجره دارا لزمه تسليمها تامة جازية عن موانع الانتفاع فلو كانت مملوءة كلا او بعضا ولو بترابا او بالوحل او كنيفا ولم يبادر المؤجر الى تفريغها تخير المستأجر ولا يجب تفريغها لو تجدد الامتلاء بفعل المستأجر او بغيره على الاقوى لعدم

ويكون بحكم منع الغاصب اذ لا يجب على الموجر دفع لو غصب العين من المستاجر وان وجب دفع ابتدا
لتسليم العين ويلزم الموجر تسليم مفتاح الدار ومفاتيح اغلاق بيوتها لتبعيتها للابواب الا
في اجارة الدار ولا يلزم بدلها لو ضاعت بغير تفريط من المستاجر على الاقوى وان احتمل الحصر لعدم
قضاء العادة بلزومه وهكذا العادة في سائر الاعيان المستاجرة لا يدخل في اجارتها ما
سوى المنفعة المقصودة منها مستثنيا شي من منافع غيرها من الالات والاعمال الا ما قضت العادة
بدخوله وان تعلقت بالذمة لزم الموجر نفس ذلك العمل دون ما يتوقف عليه من الاعيان الا
ما قضت العادة ببذله عينا او منفعة كما في الصباغ والخياط والكاتب والكحال وملقح النخل
فان بذل الصبغ والخيط في وجه والحبر والكحل والكش انما هو لقضاء العادة ببذلها والا فيما
لتحصيل المنفعة كما في اللبن للرضاع والماء في الاستحمام واحبار الماء واجارة البئر لنزف الماء
المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم على بذلها فيجب من باب المقدمة كما قيل والا لوجب على
البناء والصائغ والنقاش والحائك وبذل الحجر والاحجار والذهب والفضة والغزل ونحو
ذلك مما لا يتم العمل بدونه فكذا بالنظر الى المتبع في مثل ذلك هو العرف والعادة الجارية مجرى
الشرط فان لم تكن عادة واختلفت وجب التقييد والبيان والا بطل العقد على ما يظهر من
موضع من التذكرة او وجب على ما يظهر من موضع اخر منها وبه صرح في جامع المقاصد
والمسالك والروضة ولعله الاظهر اذ لا غرر ولا جهالة في نفس العقد ولا التي في توابعه
مما لا يعلم بتبعيته للعقود فالاصل فراغ ذمة الاجير منه والاصل عدم دخول المنقولات والاعيان
في عقد الاجارة الا ما قضى الدليل بدخوله واما ما يتوهم من ان وجوب الاعيان ليس هنا
للدخول في مفهوم الاجارة بل المقدمة الواجب الذي الاصل فيه ان يكون مطلقا لا مشروطا
ففيه ان هذا الواجب تابع لتسبيب العقد له والاخطاب به مستقل فاذا وجب خروج الشي
عن مقتضى العادة الى العقد او لم يعلم دخوله في مقتضاه عرفا وعادة لم يحكم بلزوم الشي
ولا بتسبيب العقد لوجوبه كما هو واضح **قوله** الثاني عشر لو اختلفا في عقد الاجارة حلف المنكر

لها

٢٠٥

لها لا فرق بين كون المنكر هو المالك او غيره لاصالة عدمها فيقدم قوله بيمينه لعموم اليمين على
من انكر ثم فان كان قبل استيفاء شي من المنافع رجع كل عوض الى صاحبه ولم يجز للمدعي
بما بيده مع علمه بكذب المنكر الا بطريق المقاصة على ما يستحقه على صاحبه لان اليمين هنا على
على نفي العقد لا على نفي المال وان استلزم نفي المال العقد لكن عرفي مثل ذلك في عموم ذهب اليمين
بما فيها ولو فرض زيادة شي مما بيده على ما يستحقه بعد المقاصة فيجوز ان يملكه لاعراض
صاحبه عنه بالانكار واليمين لو لم يلزم وتيسر فيه امور لتعذر ايصاله اليه الا بهذا الطريق او صرفه
مجهول المالك ادعاه احد له وجوه اظهرها الاخير لا بمعنى جواز ان يتصدق به من هو بيده لعلوم
ما الكريم عنه بل بمعنى لزوم دفعه الى الحاكم لامتناع ما الكه من قبضه وعدم ادعاء احد له وان كان
الاختلاف بعد استيفاء المنافع كلا او بعضا او ما هو بحكم الاستيفاء من مضي مدة الاجارة
كان المالك المنكر رجع على المتصرف باجرة المثل زادت على المسمى او نقصت عنه فان كان المسمى من
النقد الغالب وجب على المتصرف بذله في اجرة المثل ووجب على المالك قبضه فان نقص عنها
اخذه وان زاد عليها انتفت الزيادة عنها وكانت من مجهول المالك على الاقوى الاخرى وان
احتمل فيها لزوم الدفع والتخلية بالاعراض ايضا وان كان المسمى من غير النقد وجب عليه الدفع
والنقد الغالب وبقي المسمى باجمعه محرم ولا يجري فيه الاحتمال المذكوران ولو كذب المدعي نفسه
بعد اعترافه بالاجارة وعدم استحقاقه المسمى ففي انكاره وقبول انكاره وجهان من عموم اقرار العقلاء
على انفسهم جائز فلا يلتفت الى الانكار بعد الاقرار ومن اعترافه بالحق فيهما فان الادعاء ادعاه احدهما
تعين له ولعل هذا الاخير هو حق بعض المتصرف العين لو انكر المالك الاذن اجرة ولو اعترف بها
فلا ضمان ولو كان المنكر المتصرف فقد جزم الفاضل الشارح وغيره بلزوم اجرة المثل وان كان زادت
على ما بيده بغير المالك من المسمى الا ان لعله ليس للمالك قبض الزائد لاعترافه بانه لا يستحق المالك الزائد
من المسمى الا اذا ليس للمالك قبض ولا للمتصرف المطالبة به لو كان دفع لاعترافه باستحقاق المالك
له ولو لم يكن دفع وجب دفعه ايصاله اليه ولا فمراده لو امتنع من القبض وجب الدفع الى الحاكم

الزائد للاعراض او عادته مجهولا على نحو ما تقدم وهذا لمحرر حيث لا يدعي المتصرف على المالك
اعادة او ابداعا اما لو ادعى ذلك تحالفا على الاقوى فيحلف المتصرف على نفي الاجارة والمالك
على نفي الايداع والاعارة ويكون اللازم على المتصرف اقل الامرين من المسمى واجرة المثل فان الاجرة
ان كانت هي الاقل فهي جميع المنفعة الفائتة في يده وان كان المسمى هو الاقل فلان المالك لا يدعي
ازيد منه والمتصرف غير معترف باستحقاقه شي عليه اصلا وان لزمه اجرة المثل لعدم ثبوت دعواه
ولو نكل المالك عن اليمين لم يلزمه شي هذا لو اختلفا في اصل الاستيفاء واما لو اختلفا
في صحة العقد وفساده فقد تقدم قول مدعي الصحة بيمينه مسلما كان او كافرا من ما كان اصل الغا
لموافقته لاصالة وجوه الموجودات من الاعيان والافعال والاقوال على الصحة والسلامة من
الخلل الثابت لما يقتضيه عليه ووصفه له وكان يدرك محبته هذا الظهور ويفيد به على اصالة
عدم النقل والانتقال هو الاجماع فيقدم قول مدعيهما لم يقتض دعوى الفساد انكار الاصل
العقد كما لو ادعى اجارة منفعة مقتضاها الصحة وادعى الاخر منفعة اخرى مقتضاها
الفساد فانه يكون حينئذ من التداعي الموجب للتحالف وكذا لو تنازعا في المدة او في الاجرة
على هذا الوجه مع احتمال تقديم قول مدعي الصحة مطلقا وكذا لو كان الاختلاف بينهما في شرط من
الكمال بالبلوغ والعقل حين العقد فادعى احدهم الصغر او الجنون المعلوم سبقه في حال العقد
وانكره الاخر فقد مر عن جماعة من المحققين القول بالتامل في تقديم قول مدعي الصحة نظر
الى ان دعوى الصغر متضمنة لانكار العقد من حيث عدم الاهلية للتصرف به حينئذ بل وجوده
في حال الصغر مع لزوم علمه وعدم قوته حيث تكون دعوى الصغر في حق المتعاقدين جميعا اما
لو ادعى صغر نفسه مع اعترافه بكمال الاخر فالمتجه تقديم قول الكامل لاصالة الصحة مع اصله
المقتضية للحكم على صاحبه بالكمال وارتفاع الموانع حين العقد ولو ادعى الكافر صحة العقد وادعى
المسلم فساده قدم قول مدعي الصحة حيث يكون معتقده موافقا للصحة الواقعية وان كان مخالفا
لها فلا يبعد وجوب الحكم بالفساد تبعا للمسلم المخالف في مذهبه فان الصحة في دعواه

صحة له

٢٠٦

موكلة على ما في نفس الامر على ما في مذهبه ومعتقده فليتم **قوله** ولو قال المستاجر حلف المالك
اي المالك في الزيادة لان مدعيها مدع ومنكرها منكر فيقدم قوله وقيل بالتحالف لان كلا منهما
مدع ومنكر ورد بان ضابط التحالف ان لا يتفقا على شي ويختلفا في غيره بل كل امر يتنبه احدهما
ينفيه الاخر كما لو ادعى احدهما اجارة الدار وبيعها بيده وانكر الاخر وادعى اجارة الحمام بيده بنا وعليها
ليس كذلك فانه لو ادعى احدهما اجارة البيت بيده ودعى الاخر اجارة الدار بيده فقد اتفقا على اجارة
البيت واختلفا في انضمام ما في البيوت اليه والمالك منكر لذلك وربما احتمل الفرق في تحرير الدعوى
فانه ان نصادقا على اجارة البيت وجعلا ما في البيوت عنوانا للاختلاف فالقول قول المالك وان
جعلا البيت محلا لدعوى اجارة وحدة الدار ومحلا لدعوى اجارة الاخير الاخر من غير تعرض للبيت
لزم التحالف وهو ضعيف لان دعوى الاجارة التي هي اسم لمجموع البيت في قوة الاقرار باجارة البيت مع
انضمام ما في البيوت اليه والاخر في بعضها الا من حيث الاجمال والتفصيل وهو غير كاف في الفرق وظاهر
من التذكرة ان موضع البحث ما اذا ذكر العوض وتنازعا فيه فادعى كل استحقاقه على ما بيده عند
فاما اذا لم يذكر العوض ولا تنازعا فيه بان كان قد قبض المالك واتفقا على براءة ذمة
ذمة المستاجر منه ثم ادعى ان المستاجر الدار بازائها فقال المالك بل اجرتك هذا البيت منها
خاصة فانه يقدم قول المالك فقطع مع اليمين انتهى ذلك وكذلك يقدم قول المالك لو تنازعا
في استحقاق العوض في مقابلة البيت او الدار لفساده فيها على استحقاق المالك له وشغل ذمة
المستاجر الا ان المستاجر يدعي له في مقابلة جميع البيوت وانما يستحق له بالعقد والمالك منكر
فيقدم قوله بيمينه ولا يجدي بقاء شغل ذمة المستاجر بالعوض في اعادة دعوى اجرة من المالك
حتى يلزم التحالف وقد سبق ضعف توجيه التحالف في نظير المقام بما ذكره بعض المحققين من ان
اسباب العقود وتغايرها بحسب اسباب زمن تحصصها انما الحا وجه كما ان العقد الواقع على الدار
غير الواقع على الحمام فكذا هو غير الواقع على بيت من بيوتها لمغايرة الجزء للكل فيكون كل منهما مدعيا
لعقد ومنكرا الاخر وذلك موجب للتحالف فان هذا الوهم اطرق في دعوى كل زيادة في ثمن

ومتى وهو يدل على البطلان **قوله** وفي رد العين حلف المالك وفي هلاك المتاع المستأجر
عليه حلف الأجير أما تقديم قول المالك من عدم رد العين المستأجرة فمما لا إشكال فيه ولا
خلاف لكونه منكرا موافقا للأصل والقياس على الوديعة باطل لبطلان القياس وحصول الفارق
بكون الوديعة مقبوضة لمصلحة المالك بخلاف العين المستأجرة وأما تقديم قول الأجير في
تلف العين المستأجرة على العمل فيها فهو المشهور بل عن السرائر أنه الأظهر في المذهب وعليه
العمل وعن الخلاف وظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه لقاعدة الأمانات وإطلاق الأدلة
الدالة ما دل من النصوص على نفي الضمان عن الصائغ والقصار وأشباههما كصحيح معاوية
عمار وغيره ولما ورد في خبر بكر بن حبيب قال قلت لأبي عبد الله ع أعطيت جبة إلى القصار
فذهبت بزعمه قال إن اتهمته فاستحلفه وإن لم تتهمه فليس عليه شيء ونحوه خبر الغنوي خلافا
للمحكي عن المفيد والمرتضى والشيخ في موضعين من النهاية فحكموا بتحليف الأجير البينة
فإن لم يأت بها ضمنها بل عن المرتضى أنه من منفردات الإمامية مدعيا عليه الإجماع لا لدلالة
تعدد الصناع كالخياط والقصار وربما حكي عن يونس بن عبد الرحمن للنصوص
الفاشية بذلك كحسن الحلبي عن الصادق ع قال في الغسال والصباغ ما سرق منهم من شيء
فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سرق وكل قليل أو كثير فإن فعل فليس عليه شيء وإن لم يقم البينة
وزعم أنه قد ذهب الذي ادعي عليه فقد ضمنه وخبر أبي بصير عنه ع سئل عن قصار
دفع إليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاعه قال فعليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه
وليس عليه شيء فإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء وحسن الحلبي عنه ع في رجل جمال
استكري منه إبل وبعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق ولكنه
لا يصدق إلا ببينة عادلة لا تدل على علم بصدق الأجير بدون البينة
عما ورد من ضمان القصار والصائغ معللا بالاحتياط في أموال الناس لكن لا مناص عن
الحمل على التقية أو على الأدلة الثلاث حيث يكون منها بطلان البينة على التلف

والحلف

٢٠٧ والحلف حيث لا بينة كما يدل عليه صحيح أبي بصير عن الصادق ع قال لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا
الحائك إلا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئا **قوله** وفي
كيفية الإذن كالقباء والقميص حلف المالك لو ادعى الخياط إذن المالك بقطع الثوب قباء
فأنكر المالك وادعى الإذن بقطعه قميصا فإن كان الاختلاف بينهما قبل العمل فلا إشكال
لبطلان الإذن حينئذ لكونه عقدا جائزا ولزوم التحالف لو فرض اتفاقهما على العقد لكونه كما في
المبنا بعد في تعيينه للمبيع وإن كان بعد العمل بأن قطعه الخياط قباء مدعيا أنه العمل المأذون
فيه فأنكر المالك ذلك وادعى أنه لم يأذن إلا بقطعه قميصا فالمشهور تقديم قول المالك مطلقا
من غير فرق بين كون المعاملة الواقعة بينهما بطريق الإذن أو بطريق الاستئجار بالعقد ولا
بين وجود قرينة حال تدل على صدق المالك أو على كذبه كما لو كان من عادة المالك أن لا يلبس
القمصان أو كان الثوب مما لا يحتمل غالبا إلا للأقبية فإن شاهد الحال يدل على صدق
الخياط إلا أنه لا مرجح وعزاه بذلك بل يؤخذ بقول المالك لأن الخياط مدع للإذن بقطعه
قباء ومدع للإتيان بالعمل المستأجر عليه ومدع لسقوط ضمان ما أحدثه من النقص في الثوب
بسبب الإذن والمالك منكر لذلك كله وقيل بتقديم قول الخياط وهو المنسوب إلى الشيخ في باب
الوكالة نظرا إلى اتفاقهما على الإذن بالقطع في الجملة وملك الخياط لذلك والمالك يدعي ما يوجب
الأمانة ... والمالك مدع لتفريطه والأصل عدمه ومدع لتغريمه والأصل براءة ذمته من الغرم
وضعف الجميع ظاهر إذ لا نزاع في الإذن بالقطع المطلق بل في صفة الإذن وتعلقها بإيجاده
في خصوصيته لم يثبت إذن المالك فيها فكما أن القول قول المالك في أصل الإذن لو اختلفا
فيها فكذا في صفتها لأن مرجع الاختلاف حال في الإذن على وجه مخصوص ومنه يعلم
أن ما نحن فيه ليس من دعوى التعدي والتفريط ولا من دعوى الغرم بل هو من إنكار حصول
العمل المستأجر عليه فكما أن القول قول المستأجر فيما لو ادعى الأجير استأجر على حمل متاع
فادعى الأجير حمله وأنكر المستأجر فكذا القول قوله لو أنكر أنه العمل المستأجر عليه وقيل بالتحالف

وهو مذهب الشافعي وربما نسب إلى بعض أصحابنا لأن الخياط يدعي الأجرة وينفي الغرم والمالك
يدعي الغرم وينفي الأجرة فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر وإثبات ما يدعيه فيقع العين
إلى المالك ولا غرم على الأجير ولا أجرة على المالك وعن الإرشاد بل القول بالتحالف وانتفاء الأجرة
بدون الغرم وهو غريب إذ لا فائدة في يمين الخياط على هذا التقدير وضعف القول بالتحالف
هنا ظاهر فإن الاختلاف لم يقع في الأجرة ولا في الغرم بل في الإذن بالعمل الذي أوجبه الأجير وإن
استلزم الإذن استحقاق الأجرة وعدم الإذن لزوم الغرم إلا أنه ليس مورد الاختلاف ولا يشتهر
في أن المالك منكر للإذن ويكفي عدم ثبوته في عدم استحقاق الأجرة ولزوم الغرم لحصول النقص
الموجب للضمان بفعل الخياط الممنوع لعدم إذن المالك والفرض عدم ثبوته ولا جهة لعروض دعوى
المالك هنا مستقلا حتى توجب اليمين بل دعواه على الخياط سوى دعوى الإذن بقطعه قميصا
أو استئجاره على ذلك وهذه الدعوى ساقطة في محل الفرض وهو ما إذا كان الاختلاف
بعد العمل لتعذر الإتيان بما يدعيه المالك وفوات محله وعدم ترتب الفائدة على هذه الدعوى
فلا يتوجه بها يمين على الخياط أصلا ولو قلنا بتقديم قول الخياط حلف يمينا واحدا جامعا
بين النفي والإثبات فينتفي الغرم عنه بذلك وفي استحقاقه الأجرة وجهان في القواعد أجرة
مثله بعد اليمين لا المسمى إلا أن يزاد الأكثر لأنه لا يثبت بقوله ووجه أن انتفاء الغرم عنه تابع
لثبوت الإذن فإذا ثبت بيمينه استحق أجرة لكنه لا يتعين أنها المسمى لعدم ثبوته فلا يستحق
الزائد منه عن أجرة المثل ولا ما زاد عن أجرة المثل عنه لاعترافه بعدم استحقاق الزائد عنه
وفي التذكرة أن كلام الشيخ الذي نقلناه عنه في الخلاف يشعر بعدم الاستحقاق مثل الخول
فيه بتقديم قول الخياط قال لأنه في الأجرة مدع فيكون القول قول المنكر وفائدة يمينه
دفع الغرم عن نفسه ولأنه لو استحقها استحقها بيمينه ابتداء لأن النبي ص قال لو يعطى الناس
بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن اليمين على من أنكر ولعل ما في التذكرة هو الأصل لأنه
دعوى المالك من الأجرة على ما يدعيه الأجير من العمل واليمين لا تتوجه على المدعي ابتداء إلا إذا

طالب

٢٠٨ طالب الأجير بالأجرة حلف المالك على نفي الإذن أو رد اليمين عليه ولا يكتفي باليمين الأولى وإن كا
جامعا بين النفي والإثبات لكونها ابتداء لا فائدة لها سوى نفي الغرم عن نفسه فإن نكل المالك
عن اليمين ألزم بالأجرة مطلقا أو بعد رد اليمين على الخياط ومنه يعرف أن قول الشيخ الخياط مستلزم
للتحالف على هذا الوجه كما قال في التذكرة لأنه إذا حلف الخياط خرج من ضمان الثوب فيحلف المالك
لنفي الأجرة وهذا هو التحالف ويسحب هذا البحث مما كان الحال إلى كل اختلاف في صفة الإذن كما
لو اختلفا في قطعه قميص رجل أو امرأة أو في صبغه أسود أو أبيض أحمر ونحو ذلك وحيث يلزم الغرم
على الأجير بقطع الثوب قباء فالأقرب تفاوت ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا غير مقطوع على
الأقوى لأن قطعه قباء أحدث نقصا في العين الصحيحة على جهة العدوان فيستحق مالكها أرش
بين الصحة والعيب وقيل يغرم تفاوت ما بين قيمته قميصا ومقطوعا قباء وهو ظاهر الأكثر ووجهه
غير ظاهر سوى ما توهمه بعض المخالفين من التنظير في الاستيجار بين استئجار رضا البر وعينا حنطة
ودعينا أذونه فالمنظر بضمن التفاوت بين الوزنين وبالوكيل إذا باع بالغبن الفاحش مما لا على النهر
لا يضمن تمام الغبن بل يحط عنه قدر ما يتغابن الناس به لأنه كالمأذون فيه وهو كما ترى قياس
مع الفارق فإن تعيين الحنطة في استئجارها والأرض لها يقتضي الضرر اللاحق للأرض بالأعظم
فيها لا تشخيص للعمل ولو أجاز أنه يزرع ما هو أقل ضررا منها من غير إشكال لتعلق الإجارة
بمطلق الزراعة وإنما التقييد بالحنطة يتميل العدد والمنفعة كما مر وأما حط ما يتغابن به الناس
فمبني على عدم خروج ذلك عن ثمن المثل فلا يلزمه سوى ما نقص عنه بخلاف ما نحن فيه فإن المالك
إذا لم يأذن له بمطلق القطع بل إنما طلب عملا مخصوصا فإذا أتى بغيره كان متعديا في العين
التي دفعها للعمل المخصوص وعلى ما اخترناه لو كان المقطوع بعض ما يصلح للقميص والقباء ففي
نفي استحقاق الأجرة وجهان من حيث الإتيان ببعض المأذون فيه ومن أن المقصود بعينه إنما على
اعتبار التفاوت بين المقطوعين فلا يستحق شيئا عليه كما لا يستحق شيئا على الخياطة لوقوعها
عدوانا وليس له فتقها إن كانت الخيوط للمالك ولو كانت من الخياط فله أخذ الخيوط إن كذب نفسه

والآ فلبس له اخذها لا وارد ما رايناه ملك المالك بيعا للعمل المستاجر عليه الا بطريق المقاصة عن الاجرة او بفسخ العقد لو اعتاضر لتعذر تحصيل الاجرة واحتمال المنع من المقاصة لحلف المالك على نفيها واليمين تذهب بما فيها بعيد الحلف كان على نفي الاذن لا على نفي الاجرة وان استلزم نفيها نعم يحتمل المنع من اخذها لا ستلزامه التصرف في مال الغير كما لو بان نسيج الثوب المقصود الا ان المختار في محله هو الجواز لوجوب تمكينه من حيث حقه لتوقف ايصال المال الى صاحبه على التمكين من اخذه وان ادى الى نقص الثوب لا عينها والنقص بالارش ولو بذل صاحب الثوب قيمة الخيوط لم يجب اجابته معه على الاقوى ولو بذل الخياط قيمة الثوب لم يجب على المالك القبول قطعا ولو طلب المالك ان يشد في طرف كل خيط منها خيطا ليصير الخيوط حتى ينفسخ طرفي موضع خيوط الخياط اذا استلها لم يجب اجابته ايضا لانه تصرف في مال الغير يتوقف على اذنه ولو طلب المالك من الخياط نزع خيوطه وجب اجابته وان ادى الى استهلاك الخيوط والارش لها على المالك وفي ثبوت ارش الثوب بسلها لو طلب المالك وجهان اظهرهما ذلك **قوله** وفي قدر الاجرة المستاجر هذا هو المشهور وعلله بانهما قد اتفقا على قدر واختلفا في الزيادة عليه فالقول قول المستاجر في نفيها دعوى ويجامع المقاصد الخلاف لان كلا منهما مدع ومنكر فان العقد يتنازع العقد بد بتادين ولا اتفاق على قدر مشترك بينهما لكان توهم اذ لا وجود له في الخارج فالواقع انما هو العقد لا المشترك والاختلاف انما هو في الواقع بينهما فكل منهما يدعي عقدا ينكره الآخر فلا مناص عن التحالف وهو متجه لو كان مناط الدعوى نفس العقد اما لو كان هو الاجرة بان ادعى احدهما استحقاق دينار بن اجرة والآخر استحقاق دينار وخلاف في اتفاقهما على استحقاق دينار وتسلط منكر المستاجر لو لم يكن عينا وانما الاختلاف فيما ادعاه نفيا واثباتا فينعقد قول المنكر بيمينه وهكذا الوقوع الاختلاف في المدة زيادة ونقصانا مع اتفاقهما على العين والاجرة ولو اختلفا في الاجرة والمدة معا بان قال احدهما اجرتك سنة فقال الآخر بل سنتان بدينار ولكون بازاء كل سنة نصف دينار فقد جرى به

في القواعد

قال ٢٠٩

في القواعد التحالف لعدم اتفاقهما على شيء ولا يخلو من نظر **قوله** كتاب الوكالة وهي استنابة في التصرف الوكالة بفتح الواو وتكسر لغة اسم بمعنى التوكيل وهو الاستسلام والتفويض وفي عرف المتشرعة هي الاستنابة في التصرف او العقد الدال على الاستنابة على نحو ما مر في البيع وغيره من اسماء المعاملات من الخلاف فيها انها موضوعة لعقودها او الآثار المترتبة على العقود والمراد من التصرف ما يعم القول فلا ينتقض العكس بالوكالة على اجراء الصيغة وتشمل بعدم تبادره ان سلم صدق عرفا التصرف على مثله كما تشمل بتناوله للوصاية فان تصرف الوصي بالولاية مع صدق الاستنابة والنيابة عن الميت عليه ولو عممنا الاستنابة وجعلنا الحقيقي انتقض النوع طردا بالتصرف في جميع الولايات لكن الظاهر اراده استنابة الانسان غيره في حال الحياة فلا ينتقض بالتصرف بشيء من الولايات كما لا ينتقض بالتصرف بالوديعة حيث يتوقف حفظها عليه لكونه استنابة في الحفظ وهو غير التصرف وان توقف عليه احيانا فيكون التصرف بالولاية الشرعية وكذا لا ينتقض بالتصرف في المزارعة والمساقاة لعدم حصول الاستنابة والنيابة فيهما لكون العامل بمنزلة الاجير لا لكونه المفوض اولا ولذا ان غير الاستنابة كما ظهر مما مر وغيرها **قوله** ويفتقر الى ايجاب وقبول ايجابها وكلتك او استنبتك او ما اشبه ذلك هو الايجاب او الامر بالبيع والشراء وقبولها قوله قبلت ورضيت وما اشبهه ومحل الخلاف في ان الوكالة عقد يتعلق به حق كل واحد من المتعاقدين من الاستنابة والتسلط على التصرف فلا بد في تحققه من ايجاب وقبول او لا يفتقر العقد سوى ما تركب منهما وهو لغة وشرعا من مقولة الالفاظ ومقتضاه عدم الاكتفاء بالفعل فيها ايجابا وقبولا كما هو ظاهر جملة من الفتاوى التي المعتبر باحتياج الوكالة الى ايجاب وقبول من غير تحقيق لا لكفاية الفعل في طرف الايجاب ولا في طرف القبول لكن المحدث الكاشاني في المفاتيح والسيد في الرياض نفيا الخلاف عن الاكتفاء بكل ما يدل على الايجاب والقبول ولو اشارة مع العجز في الايجاب وفعلا والاعلى الرضا في القبول وحكي في الرياض نفي الخلاف عن ذلك في التذكرة ولم اجده فيها نعم يظهر منها الاتفاق على عدم اعتبار اللفظ هنا حيث قال وجد عندنا انه لا يشترط

لانه اباحة ورفع حجر فاشبه اباحة الطعام لا يفتقر الى القبول اللفظي انتهى واما بالنسبة الى الايجاب فليس فيها سوى انه قال ولو قال وكلتني في كذا فقال نعم واشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب ولو قال بع واعتق ونحوهما حصل الاذن وهذا لا يكاد يسمى ايجابا بل هو امر واذن وانما الايجاب قوله وكلتك او استنبتك او فوضت اليك وما اشبهه انتهى فقد يظهر منه اولا الاكتفاء في تحقق الايجاب بلفظ الامر او بالاشارة عقيب الاستفهام كما هو ظاهر القواعد والمحقق في الشرائع والمحقق الثاني والفاضل الشارح لكن تفسيره لتحقق الايجاب بلفظ الامر والاذن يقتضي نفي تحققه بالاشارة بطريق اولى ويحتمل حمل الاكتفاء بالاشارة المذكورة على صورة العجز عن النطق كما قيدها بذلك في التحرير او حمل الاكتفاء بها في الايجاب على معنى افادتها فائدته وتنزيلها منزلته في صحة التصرف وان لم يكن ايجابا وعقدا اذ الظاهر انه لا خلاف ولا اشكال في صحة تصرف المأذون بكل ما افاد الاذن بالنيابة من كتابة او اشارة او رسالة ونحوها في جميع ما يصح التوكيل فيه من بيع وشراء وعتق وتزويج وطلاق وغيرها وترتب ما يترتب على فعل التوكيل من الآثار كما هو المستفاد من السيرة المستمرة في جميع الاعصار والامصار والاخبار وفعل الائمة الاطهار صلوات الله عليهم الا ان هذا من معاطاة الوكالة كالمعاطاة في البيع وسائر العقود وليس من الوكالة العقدية التي يعتبر فيها اللفظ جزما بل لا يكتفي في ايجابها بكل لفظ حتى مثل قول نعم عقيب الاستفهام وان قلنا بالمسامحة في عقدها كغيرها من العقود الجائزة بل قد سمعت ما في التذكرة من عدم تحقق الايجاب بالامر كبع واعتق واقتصار الايجاب بنحو قوله وكلتك او استنبتك او فوضت اليك وشبهه وهو كذلك فان الامر لا يفيد سوى الطلب والاذن بالشيء والحصر فيه وهو غير الانشاء والايجاب العقدي وكذا لا يحسن وقوع القبول بعده وابعد منه عن الايجاب وان قلنا ما يشاهد من توكيل الغائب الجمع على جوازه بالمكاتبات والمراسلات الا الوكالة في الامكنة البعيدة اذ لا ايجاب في مثلها لغة وشرعا ولا قبول ولا اقتران بينهما على نحو ما

هو معتبر

٢١٠

هو معتبر في هيئة العقود فتسميته هذا ونحوه ايجابا او قبولا مسامحة ظاهرة كما ذكر من احتج الوكالة عن حيز العقود وجعلها مجرد اذن واعلام فانه خلاف ما عليه علماؤنا الاعلام بل الاختلاف على النظم بين كافة السلف في ان الوكالة من سنخ العقود ومع ذلك فلا مناص عن التزام صحة النيابة في التصرف بكل ما افاد الاذن فيه من العقود وان الاذن خارج عن سنخ العقود واطلاق الوكالة على الاذن من المسامحات العرفية كاطلاق البيع على المعاطاة وافادتها معنى الوكالة لا يستلزم ان يكون عينها مع ان الامر المشهور هين لا يترتب عليه كثير فائدة بعد ثبوت مشروعيتها ومساواتها للوكالة العقدية في اغلب الاحكام لكنها تفارق الوكالة العقدية في عدم اعتبار اللفظ في طرف الايجاب وعدم اعتبار ولا يبعد وفي صحة التصرف من المأذون اعتبار علم الرد وانه يعزل نفسه بخلاف الوكيل وفي استحقاق المأذون اجرة المثل على النيابة في تحصيل الاعمال التي تقابل بالاعراض دون الوكيل وفي عدم اعتبار التنجيز في الوكالة الاذنية بخلاف العقدية وغير ذلك مما ستقف عليه في تضاعيف الاحكام ومما ذكرناه يعرف الحال فيما ذكره المصنف من الاكتفاء بالقبول الفعلي فانه وان اشتهر الاكتفاء به هنا وفي باب الوديعة الا انه محل نظر واشكال لما عرفت من ان العقد من مقولة الالفاظ كما هو المتبادر منه وهو مركب من الايجاب والقبول ولا دليل على الاكتفاء بالفعل في خصوص عقد الوكالة ولا في غيرها من العقود الجائزة وانما اشتهر المسامحة فيها لكن لا بما يوجب خروجها عن حيز العقدية مستندا على ما يظهر من عبارات اكثر القائلين بكفاية القبول الفعلي من ان المراد به فعل ما تعلقت به الوكالة بقول ولذا قال على البيع فيبيع فان صحة البيع ونفوذه يتوقف على تمامية الوكالة وهي لا تتم الا بقبوله لو كان قبولا والاكتفاء بالمقارنة عن مجرد الاذن ولعله لذا احتمل في التذكرة للقبول معنيين احدهما الرضا والرغبة فيما فوض اليه والثاني اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات واحتاط اعتبار القبول في الوكالة بالمعنى الاول دون الثاني فعلا بانها اباحة فلا يفتقر الى القبول لفظا ومقتضاه الاكتفاء بمجرد الرغبة والرضا وبطلانه واضح عليه من الاقوال وان كان غير امتثال ما امر به لانما فهم منه في المسالك من ان المعتبر عنده فعل ما وكل فيه يشترط اقترانه بالرضا والرغبة لا معقولية ومع ذلك كيف كان فالظاهر من كلماتهم الاكتفاء بالفعل في

الوكالة الامرية والاذنية ولعله مما لا اشكال فيه وانما الكلام في العقدية المحضة وهي لا يكاد يتحقق بدون ايجاب وقبول لفظيين والله العالم باحكامه قوله ولا يشترط فيه الفورية
فان الغائب يوكل ابي لا يشترط في القبول الفورية بل يصح متاخرا عن الايجاب ولو بالسنة فصاعدا
وهذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب بل عن جميع البرهان انه لا شك فيه وهو لا يثبت يكون
القبول فعليا بناء على ما عرفت من انها وكالة اذنية على هذا التقدير لا عقدية بحيث فيها ما
يعتبر في غيرها من العقود المقاولة بين الايجاب والقبول بل لو فرض تحقق عقدها بالقبول
الفعلي ايضا لم يقدح في الصحة تاخره لخروج عقدها عن الخطابات فلا يعتبر فيها فيها ان
يكون جاريا على هيئة الخطابات العرفية من التقارب بين الايجاب والقبول اما لو كان القبول
لفظيا فتاخره عن الايجاب لا يخلو عن اشكال لكونه خلاف المتعارف الا ان يقوم ما يدل على جوازه
في خصوص الوكالة ولذا استدل عليه بما اشار اليه المصنف من صحة توكيل الغائب مع ان القبول
فيه متاخر جزما ومقتضاه معلومية صحة الوكالة في توكيل الغائب وانما موضع وفاق
وهو كذلك وان ناقش في المسالك بما حاصله ان الاستدلال بتوكيل الغائب دوري لان جواز
توكيل الغائب فيه جواز التاخر وان الاجماع على خصوص توكيل الغائب بل عن الشيخ في ط
دعوى اجماع المسلمين على ان الغائب اذا وكل رجلا ثم بلغ الوكيل ذلك بعد مدة فقبل الوكالة
انعقدت بل عن السرائر انه يجوز التوكيل في الطلاق سواء كان الموكل حاضرا او غائبا بغير خلاف
بين المسلمين قلت وعليه العمل المستمر في جميع الاعصار والامصار والنصوص وامثاله الدالة
عليه وعلى صحة الا ان المقطوع به من ذلك تحقق الوكالة الاذنية لا العقدية وان كان
خلاف ما يظهر من معقد اجماع الشيخ وخلاف ما يظهر من التذكرة حيث قال ويجوز عندنا
عندنا القبول على الفور والتراخي نحو ان يبلغه ان رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيقول قبلت
او يقول قبلت لكنه غير صريح في تحقق العقدية المحضة بذلك فيمكن ارادة صحة التصرف
ونفوذه به وحينئذ لا اشكال فيه وعلى فرض الصراحة فيمكن قصر الحكم على خصوص توكيل
الغائب

الغائب لمكان الاجماع ومسيس الحاجة الى التوكيل فلا ينبغي تعديه الى الحاضر حتى يقوله يقول
الآخر وكلتك فيسكت ثم يقول بعد سنة قبلت بحضور الموكل او غيبته لحرجه وخروجه عن قانون الخطاب
ومحاورات اهل اللسان قوله ويشترط فيها التنجيز فلا يصح تعليق التصرف على
محله كما هو المعتاد في العقود قوله ويشترط فيها التنجيز ويصح تعليق التصرف الى
علم التعليق فلو علق عقدها على شرط متوقع او صفة مترقبة كطلوع الشمس لم يصح للاصل في وجه
وللاجماع المدعى ظاهرا في التذكرة كما عن شرح الارشاد لفخر الاسلام وصريحا في جامع المقاصد
ولان التعليق كانه ينافي الانشاء فلا انشاء وان كان كالمتشي وهو الاستنابة لم يعلم ترتب
المسبب على السبب فان العقد من الاسباب الشرعية الجارية مجرى الاسباب العقلية في ترتب مسبباتها
عليها واقترانه وحصولها بوجوده الا انما قام الدليل فيه على جواز التعليق فيه كما في الكفاية من التتمة
هنا في اشتراط التنجيز تبعا للمحكي عن المقدس الاردبيلي عن ملتفت البراز لا يعرف جواز التعليق فيها
الا من بعض المخالفين لان النبي صلى الله عليه وسلم قال في غزاة موتة امير كم جعفر فان قتل فزيد فان قتل
فعبد الله بن رواحة والتاخير بمعنى التوكيل ولانه اذا قال انت وكيلي على بيع عبدي اذا قدم
الحاج او في شراء كذا وقت كذا صح اجماعا وما نحن بمعناه فيه وضعف الدليلين ظ فان
النيابة والامر كالوصاية والولايات قابلة للتعليق واما ما ادعى الاجماع على صحة في
تعليق التصرف الذي نبه المصنف عليه لا من تعليق الوكالة ولا فرق بين الوكالة الامرية ظ فان
الوكالة مفادها استحقاق التصرف وهو غير قابل لتعليق بسبب لزوم انفكاك الاثر عن
المؤثر وتخلف المسبب عن السبب واما نفس التصرف فلا مانع من تاخره لمنع المالك عن تعجيله بما
لاشتراط او امره بالتاخير مع الاطلاق وعدم التعليق والاشتراط وكيف كان فيظهر بطلان
العقد مع التعليق على الشرط بطلان التصرف ولو بعد حصول الشرط اذ لا مبيح للتصرف سوى
العقد والفرض فساده ولا معنى للفساد سوى عدم ترتب الاذن وهو الاذن في التصرف على
وجه الاستدلال الاستنابة لكن العلامة في القواعد مع حكمه بفساد العقد احتمل
تسويغ التصرف بحكم الاذن وجعل فائدة الفساد مخصوصة بسقوط الجعل المسمى ولزوم اجرة

المثل بل في التذكرة رتب هذا الاحتمال معللا بان الاذن حاصل لم يزل بفساد العقد وصار
كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة لكن
ان باع يصح قال وهو احد وجهي الشافعية والثاني لا يصح ولا اعتبار بالاذن الضمني في عقد فاسد
الى ان قال فان قلنا بالصحة وهو الذي اخترناه تخرج فائدة بطلان الوكالة انه يسقط الجعل المسمى
ان كان قد سمى له جعلا ويرجع الى اجرة المثل وهذا كما ان الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق
ويوجب مهر المثل وانه لم يؤثر في النكاح فانه وفيه ان الاذن التي يدعى حصولها وبقاءها بعد
فساد العقد ان كانت هي الضمنية التي استلزمها عقد الوكالة الذي المفيد لاحداث النيابة
في التصرف فلا معنى لبقائها بعد انتفاء العقد وفساده لان بقاء اللازم بعد انتفاء
الملزوم بل الحجة بعد انتفاء الفصل ولذا لو عزل نفسه عن الوكالة مع عدم الوكالة علم
الموكل لم يجز له التصرف بمقتضى الاذن التي تضمنها العقد لان بقاء لها مع انتفائه ولو فرض
تصريح الموكل بالمنع من التصرف بالعقد العلة الاصلي فرض صحة التصرف ويجوز حتى غير اشكال
فكذا مع عدم تصريحه بذلك لان صحة التصرف ناشئة عن العقد اذ المقتضي للصحة غيره
فاذا بطل بطل التصرف لانتفاء المقتضي للجواز واما النظر فيه التصرف في مال غيره واما
تنظيره ما نحن فيه باشتراط العوض المجهول فيها ففيه المنع من فساد الوكالة باشتراطه لان
اذ ليس العوض من اركانها بل هو كالصداق الفاسد في النكاح لا يؤثر فساده فيه كذا التصرف
بالقراض الباطل الذي حكموا فيه بصحة التصرف وثبوت اجرة المثل حتى نجيب الاسناد في ح
الكرامة من اطباقهم على جواز التصرف في القراض الفاسد وفاء ما تلهم في المقام فانه ان تم
الاجماع في القراض وجب قصر الحكم عليه وعدم التعدية الى غيره سيما بعد ملاحظة اصر
بما في محله من صحة تصرف العامل وان تعدى عن الماذون فيه كما تضمنته النصوص
وفتاوى الاصحاب بخلاف الوكالة فان التعدي عن محل الاذن غير جائز بل يكون التصرف فضوليا
موقوفا على الاجازة فلا عبرة بما قد يفاد من حكم الوكالة للقراض وان كانت الاذن المدعى بقاؤها
لغير

لغير العقدية فهي امر لا يستفاد من نفس العقد بل قد تدل عليه القرائن الاحوال وغايته ان تكون اوفيا
لا يثبت بمجردها صحة النيابة ولا يخرج العقد عن كونه حقيقيا عاما ادعاه بعضهم من ان في العقد
المعلق اذنين منفصلين احدهما باطلة والاخرى صحيحة تحمل ظاهرا اذ ليس فيه الا اذن واحد حتى
المالك بالتصرف كيف من ادعى بقاء استفادة بقاء الاذن عرفا نظرا الى ان المقصود هو النيابة
عن المالك بالتصرف فاذا بطل ما اقتضى كونه وكالة بالتعليق لم يبطل الاذن المطلق مدعيا بان
العقدية من مخصصات الفرد التي مع انتفائها لا تنتفي الحقيقة التي اعتبرت ضرورة ان مخصصات زيد
مثلا لو انتفت لم تنتف الانسانية عنه وكان ذلك من الوهن لمنع ان المقصود مطلق النيابة ولو بغير
طريق الوكالة وبما ترتب له غرض بخصوصها الوكالة امالتدرجها او لاشتراطها عليه في عقد لازم
او لحصول جعل عليها او لملاحظة ما يترتب على عقد الوكالة لا يترتب على غيره من الاحكام والثمرات
ولو فرض عدم تعلق غرض له بخصوص الوكالة فهو لا يجدي في استفادة غيرها من اللفظ مع ان
البادر منه خصوص العقد ودعوى ان العقدية من مخصصات الفردية بعد تسليمه فلاريب انه مما
مختصات ينتفي وجوده وما فيه من الحقيقة النوعية وبقاؤها في غيره من الافراد لا يثمر صحة
ارادة ذلك الفرد الذي ينتفي ما فيه من الحقيقة النوعية بانتفائه ومن الغريب تجشم هو لاء
الفضلاء لتصحيح ما صحته على خلاف الضوابط الشرعية حتى حاول في جامع المقاصد تصحيح عقد
الوكالة مع التعليق حيث لا يكون مشتملا على جعل مدعيا ان التعليق انما يمنع فيما يكون
معاوضة او كالمعاوضة ومن ثم حكم بفساد الصداق بالشرط الفاسد دون العقد نحو ما ذكره وجعل
هذا هو الوجه فيما ذكره العلامة من ظهور اثر الفساد في الجعل ولا يخفى ما فيه فان التعليق
ممنوع في سائر العقود لمنافاته لسببيتها ومقاومة مسبباتها وترتبها عليها فلو فرض تعليق عقد
النكاح بطل من غير خلاف ولا ينحصر البطلان في الصداق وحمله على ما لو اخذ شرطا فيه شرطا فاسدا
قياس مع الفارق فان الشرط بمنزلة العوض فلا يقتضي بطلانه مع عدم العقد بطلانه لعدم دخول
العوض من اركانه ولا مانع من فساد الصداق مع الشرط الذي كالجزء وصحة عقد النكاح قوله

وجه جائز من الطرفين الوكالة عقد جائز من الطرفين بلا خلاف من احد من العلماء كما في التذكرة وبالاجماع صرح في الغنية وغيرها وعلله في التذكرة بانها عقد على تصرف مستقبل وليس من شرطه تقدير الزمان فكان جائزا كالجعالة والاولى تعليله بانها عقد على تصرف مناط جوازه الاذن فلا يلزم الاذن وغايتها ولا الاذن فاتم وانه لا دليل على اللزوم سوى الاستصحاب وعموم اوفوا بالعقود لا يحال له الا حينا اوجبت نقل عين او منفعة او حق فلا يجري فيها بمعنى الاباحة والتاني لا يقتضي سوى وجوب الوفاء بالعقود على نحو ما شرع عليه جوازا او لزوما ومقتضى اطلاق الفتاوى جواز عقد الوكالة عدم الفرق بين ان تكون بجعل او غيره وبه صرح في التذكرة لكنه حكى عن بعض الشافعية انه اذا شرطا فيها جعلا معلوما واجتمعت شرائط الاجارة وعقد العقد بصيغة الاجارة فهو لازم وان عقد بلفظ الوكالة امكن تخريجه على ان الاعتبار بصيغ العقود او بمعانيها قال في التذكرة ونحن لا نمانعهم في كون الاجارة لازمة ومقتضاه ان العقد بلفظ الوكالة ولو مع الجعل المعلوم لا يقتضي اللزوم وهو كذلك فان الوكالة غير الاجارة واخذ الجعل عوضا واجرة كان اجارة فاسدة تقتضي بطلان المسمى وثبوت اجرة المثل وقد تلزم الوكالة باشتراطها في عقد لازم **قوله** فلو عزل له اشترط علمه بالعزل ولا يكفي الاشهاد لكل من الوكيل والموكل فسخ الوكالة وابطالها بلفظ العزل او الفسخ او الرد او الابطال او غير ذلك مما يدل على نقض الوكالة والاعراض عن العمل بمقتضاها لانه مقتضى جواز عقدها الا انه ان كان العزل من الوكيل انعزل مطلقا مع حضور الموكل وغيبته واعلامه بعزل نفسه وعدم اعلامه بلا خلاف بين اصحابنا بل في الغنية الاجماع وفي جواز تصرفه بعد عزله لنفسه مع جهل الموكل وجهان بل قولان اشهرهما المنع فلو تصرف كان فضوليا وهو اظهرهما لما سمعته في الوكالة المعلقة من ان بطلان العقد موجب لبطلان التصرف لانه مستند اليه ولا معنى للبطلان الا انه لا يترتب عليه الاثر ووجه الجواز توهم بقاء الاذن العام في المقام بدعوى ان ارتفاع العقد لا يوجب ارتفاعها لكون العقد من المتخصصات الخارجية للعزو وقد تذهب الخصوصية التوعية

بذهابها

بذهابها وتبقى البعدية في المسائل بناء على الحكم على من حد الاحتمال وفي تبرئة الكفاية واحتمله في المسالك بناء الحكم على ما تقدم في الوكالة المعلقة التي قد توقف فيها لكنه ادعى ان الحكم هنا لا يخرج عن وجهها فان ذلك من حيث ان الاذن هنا صحيح جامع للشرائط بخلاف السابق فانه معلق محضة وما قد عرفته قال ومن ثم جزم في القواعد ببقاء الصحة هنا وجعل الصحة هناك احتمالا وفي التذكرة عكس واستقرب هناك بقاء الاذن الضمني وجعل بقاءه هنا احتمالا وفي التحرير والارشاد اطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا فقد صار للعلامة في المسئلة ثلثة اقوال اتفاقا وهو غريب نقلا واعتبارا فان العلامة في القواعد لم يتعرض لحكم التصرف بعد العزل وانما حكم بالصحة في صورة رد الايجاب فلعله مع جهل الموكل بالرد فاستشكل الحكم مع العلم وهو مبني على جواز تاخير القبول عن الايجاب وبطلانه بالرد لبقاء الاذن في ضمنه مع جهله بالزوجية واحتمال بقائها مع علمه استصحابا والحكم بالصحة هنا غير بعيد لامكان صحة العقد ولا وجه لما جعله بعضهم من ان صورة التعليق وصورة الفسخ وصورة رد الايجاب من سنخ واحد بل هي مختلفة الاخذ ولذا جزم في القواعد بالبطلان مع التعليق وجعل الجواز احتمالا وجزم في صورة رد الايجاب بالصحة مع الجهل واستشكل مع العلم واما صورة العزل فلم يتعرض لحكمها في القواعد وجزم في التذكرة فيها بالبطلان وجعل الجواز احتمالا واما عدها في التحرير والارشاد من الثالث في المسئلة فهو كما ترى فان بطلان العقد هنا اتم من الحكم ببطلان التصرف وعدمه فلا تقابل بينهما وعلى اي تقدير فالحكم ببطلان التصرف بعد عزل نفسه ولو مع جهل الموكل اقوى منه في صورة التعليق لان العزل والفسخ يقتضي ابطال اثر العقد وعدم قبول الاذن بخلاف البطلان بالتعليق او الاخلال مثلا فان التراضي على التصرف واقع بين الطرفين الا انه في ضمن العقد الفاسد فيمكن جعله من معاطاة الوكالة وان كان المتجه بطلان التصرف ببطلانه ايضا لا ارتفاع الاذن بفساده على نحو غيره من العقود الجائزة والاذن فقد وقيل ان العقلية من متحصات العزوبة الخارجية ممنوعة بل هي من متحصات العزوبة الذاتية التي

يتعدم العزو بانعدامها فينعدم ما في الحصة النوعية كما لا يخفى هذا لو كان عقد الوكيل نفسه اما لو عزله الموكل فلا ينعزل الا بحجة العزل مطلقا علم بالعزل او لم يعلم اشهد على عزله او لم يشهد خلاف بين الاصحاب فالعلامة في القواعد ذلك وعن الخلاف وظاهر فيه روايتين احدهما الانعزال في الحال وان لم يعلم الوكيل وفي الحق ان العزل ليس بوفي وعن الفاضل القطيفي انه مقتضى النظر لكن الفتوى على خلافه قلت بل لم نقف على نسبته الى احد غير العلامة بل في الغنية والتحرير كما عن كشف الرموز الاجماع على عدم انعزاله ما لم يعلم مع تمكنه من الاعلام وهو الحجة في المقام مضافا الى النصوص الصحيحة الصريحة باشتراط انعزاله بالاعلام كصحيح هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام في رجل وكل اخر على وكالة في امر من الامور واشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال ان كان الوكيل امضى الامر الذي وكل فيه قبل العزل فان الامر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره الموكل ام رضي قلت فان الوكيل امضى الامر قبل ان يعلم العزل او يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالامر على ما امضاه قال نعم قلت له فان بلغه العزل قبل ان يمضي الامر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشيء قال نعم ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابدا والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه او يشافه بالعزل عن الوكالة وصحيح معوية بن وهب عنه عليه السلام قال اذا وكل رجلا على امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدا حتى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها وخبر العلاء بن سيابة او صحيحه المتضمن لامضاء امير المؤمنين عليه السلام تزويج الوكيل بعد عزله قبل علمه ولا ينافي الصحيح ثم على المخالف بقوله بعزلة الوكيل عن وكالته ولم يعلموه بالعزل وغير ذلك مما لا ينهض في معارضة المرسلة الشاذة المهابي كخبر والخلاف لضعفها بالارسال وعدم عثور الاصحاب عليها كالعلامة واحتمال ورودها على مورد التقية فان العزل مطلقا احد قولي الشافعية بل يظهر من ذلك وغيره ان الكلام العلامة مذهب المخالفين في خصوص النكاح واما الاستناد في انعزاله مطلقا الى انه مقتضى جواز عقد الوكالة وان فعل الوكيل بعد العزل تصرف في مال الغير بغير اذنه والعزل ونحوه عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتق وانه لولا ذلك للزم الحرج والضيق على الموكل اذ قد تعرض ولا يتمكن من الاعلام وان العزل الضمني متحقق بفعل ما ينافيه في هذا الجنس وان لم يعلم الوكيل فكذا العزل الصريح بل لعله اولى ففيه بعد ضعفه في نفسه كالاجتهاد في مقابلة النص المصرح بتوقف الانعزال على العلم والمنافاة فانه لا ينافي جواز الوكالة في العقود الجائزة فان انقلابه الجائز لازما في بعض الاحوال واقع شرعا كانقلاب اللازم

جائزا

جائزا او التصرف فيما اذن فيه بمقتضى الاستصحاب والافتقار الى العلم في الوكيل لا للافتقار الى الرضا بل الحرج على الوكيل وغيره بدون الاعلام فقد يوكل في القصاص ويقتص بعد عزله وهو جاهل فلو انعزل لالزم بالدية فقد يوكله على بيع جارية فيطأها المشتري فيلزمه المهر وغير ذلك مما يترتب على انعزاله من الضرر والحرج فوق ما لو اوقع من الحرج في عدم انعزاله بل الضرر اللاحق للموكل حيث لا يتمكن من الاعلام انما حصل بفعله واقدامه عليه بخلاف ما يلحق الوكيل على فرض الانعزال والفرق بين العزل الضمني المذكور والصريح ظاهر اذ يحصل بانتفاء متعلق الوكالة فلا يكون وقوع الصحة بعده بخلاف الصريح فلا اشكال في توقف انعزاله على العلم مع امكان اعلامه وعدمه مع التمكن من الاشهاد وفي كفايته مع تعذر الاعلام قولان فالاشهر عدم كفايته للاصل وخلو النصوص عن التعرض لذلك وعن الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابي حمزة وابن زهرة الاكتفاء بالاشهاد اذا لم يتمكن من الاعلام ولا دليل عليه سوى ما ادعاه في الغنية من الاجماع وما ادعاه من في كشف الرموز على ما حكي من ان ما ذكره الشيخ في النهاية لم يعلم فيها مخالفا فيها الا انه وهي اعم معارضة بالاصل والاجماع موهونة بمصير الاكثر الى خلافه ومنهم الشيخ في غير النهاية والرواية مع ارسالها وعدم العثور عليها لا تصلح لتقييد ما سمعته من الاطلاقات بل في صحيح هشام وخبر العلاء ما هو كالصريح في عدم كفاية الاشهاد الا انه مطلق متناول لحالتي امكان الاعلام وعدمه ولكن حمل كلام الشيخ ومن وافقه على اعتبار الاشهاد لتصديق قوله في عزله الوكيل قبل تصرفه لا في توقف الانعزال عليه كما هو الاوفق بالاعتبار فيكون ذلك اعتبارا لا لانعزال الوكيل بمجرد العزل مطلقا كما هو خيار العلامة في القواعد وغيره كما عرفت ويظهر من المحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهما نسبة القول بكفاية الاشهاد مطلقا ولو مع التمكن من الاعلام الى الشيخ ومن وافقه وليس كذلك فان عباراتهم صريحة في كفايته مع التعذر خاصة ولعله مراد الناقلين عنهم وان اطلق العبارة **تنبيه** قد يتوهم ان من اشتراط انعزال الوكيل بعلمه في العبارة ومقتضاها عدم الاكتفاء بلوغ خبر العزل من علم اليقين فضلا عن الواحد بعدم اعتباره مرادهم ذلك كما قطع به في

المسالك بل ظ الاكتفاء بتبليغ العدل الثقة كما تضمنه صحيح هشام عن الصادق ع وهو ظ غيره من الاخبار واذا لم يعتبر فيها سوى مرسلة اعلام الوكيل ومعنى الاعلام هو الاخبار لاجرم يكون الوكيل عالما فيتحقق العزل باخبار مخبر ظ ولولا تقييده بما سمعته في صحيح هشام ولذلك صرح في التذكرة حيث قال انه قلنا بعدم انعزال الوكيل قبل بلوغ الخبر اليه فالمعتبر اخبار من يقبل قوله من ثقة العدل دون الصبي والفاسق وتبعه في ذلك المحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهما وح فلا منافاة بين ما في فتاوى بعضهم على ما يعم الثقة المعتبر شرعا الكون على ثبوته لا منافاة فيه لما صرح به الاصحاب ومنهم العلامة في التذكرة ايضا من عدم ثبوت العزل بشهادة العدل الواحد وجزموا به عليه في التذكرة الاجماع فان غرضهم منه عدم الاكتفاء بشهادة الواحد في مقام الاختلاف بل لابد من البينة وحصول تمام النصاب المعتبر فيها وهو لا ينافي انعزال الوكيل ومنعه من التصرف بوصول الخبر المعتبر وجوازه بجريان الشاهد في انعزاله ظ وواقعا لكنه لو انكر يحتاج في الحكم على هذا الوجه لم يثبت بشهادة الواحد انه عزله بطريق التبليغ كما لا يثبت بها ونحوه عزله بطريق المشافهة ايضا فلا منافاة بين كلماتهم في الموضعين حتى يحتاج الى الجمع بينهما بما ذكره في جامع المقاصد من ان العزل واقعا موقوف على بلوغ الخبر وان لم يثبت العزل بل يجوز له التصرف لكنه ان ثبت عزله واقعا كان تصرفه باطلا موقوفا على الاجازة والا نفذ تصرفه فانه خلاف مستحق عنه كما لا يخفى **قوله** ويبطل بالموت والجنون والاغماء لا خلاف في بطلان الوكالة بعروض احد هذه الثلاثة بل لعله وفاقي بين المسلمين كما يظهر من التذكرة وح من غير فرق بين عروضها للوكيل او الموكل ولا بين كون الجنون مطبقا او ادوارا ولا بين طول زمن الاغماء وقصره لاطلاق الفتاوى وظهور الاتفاق وانقطاع الاذن التي يعتبر استدامتها في الوكالة بزوال الاهلية وعدم انتقال حق النيابة الغير المأذون من وارث وغيره واذن الولي لا يبعث على بقاء الصحة كما عن الحدائق من توقفه في البطلان بالجنون في غير محله وح فلو تصرف بعد عروض شيء من ذلك للموكل وقع فضوليا من غير فرق بين علمه وجهله واشتراط علم الوكيل في الفسخ بالعزل

لمكان

ٱلمكان النص والاجماع فلا يلحق غيره من النواسخ به لبطلان القياس كما ان جواز التصرف بالاذن العامة لو قيل به في بطلان الوكالة بالتعليق والعزل والرد لا يقتضي جواز التصرف هنا لو ارتفع العذر من جنون واغماء كما توهم لانقطاع الاذن هنا ظ بعدم الاهلية بخلاف ما ذكر لاحتمال بقاء الاذن العامة فيها خلافا لما يظهر من المسالك من تساويهما في احتمال جواز التصرف بالاذن العامة والفرق بينهما ظ ولا يبطل الامانة لبطلان الوكالة هنا فلو تلفت العين الموكل فيها في يده من غير تفريط لم يضمن كما نص عليه في المسالك قال وكذا لو كان وكيلا في قبض حق فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم وتلف في يده من غير تفريط لكن يجب عليه المبادرة الى ايصال العين الى الوارث فان اخر ضمن كالوديعة انتهى والظ ان مراده من الحق ما يعم الدين فلذا ناقشه بعضهم بان المقبوض وفاء بعد الموت ملك الدافع وقد دفعه على وجه خاص ولم يحصل له فلا يندرج مثله في الامانات الشرعية بل المقبوض بالعقد الفاسد مضمون ظ لعموم اليد نعم قد يحتمل رجوعه بالضمان على الموكل لغروره ويمكن التخلص من ذلك بان ملكية الدافع له لا تخرجه عن كونه امانة شرعية لا تقتضي الا بالتفريط كالمقبوض بالعقد الفاسد ابتداء واستدامة ولا يشبه ذلك ما يقبض بالشرع الفاسد لانه مضمون بصحيحه منفي بفاسده بخلاف المدفوع وفاء فانه دفع لتخليص ما في الذمة فالم يقبض المستحق او وكيله لم يخرج عن ملك الدافع وليس هنا عقد يقضي بصحيحه حتى يقضي بفاسده **قوله** وبالحجر على الموكل فيه اي يبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل لسفه او فلس ونحوهما مما يمنع الحجر من التصرف فيه دون ما لا يمنع منه كالوكالة في الطلاق والخلع واستيفاء القصاص ونحو ذلك لان الموجب لبطلان الوكالة بالحجر زوال التصرف للموكل فيه ولعن الوكيل لانه فرع الموكل لا يملك التصرف الاصلي جهته فلا يجري فيما يملكه المحجور عليه من التصرفات وكان الحكم ببطلان الوكالة بالحجر المتجدد مما لا خلاف فيه ولا اشكال ولولا الاجماع لامكن المناقشة في بطلانها لامكان بقائها مع نفوذ التصرف حال الحجر خاصة لمانع الحجر فلو زال او نفع لم يحتج الى تجديد الوكالة نصير مالو وكل محلا ما حوم فانه لا يحتاج الى تجديد وكالة بعد احلاله الا ان

ظاهرهم ان الحجر على الموكل موجب لخروجه عن اهلية التصرف والاذن فكما ان الحجر لو كان سابقا على الوكالة لم تصح وكذا لو سبقت الوكالة الحجر فان ما منع ابتداء يمنع استدامته لكون المناط في الاذن في التصرف وهي بالملازمة في حكم الحجر طرا طرو الرق بان كان الموكل حربيا فاسترق ولو كان هو الوكيل كان بمنزلة توكيل عبد الغير بغير اذنه وعلى الوكالة ان يصنع الوكالة شيئا من حقوقه **قوله** ولا يبطل بالنوم وان تطاول ما لم يؤد الى الاغماء لعل عدم بطلان الوكالة بالنوم من الضروريات والا لتعذر التوكيل يوما وليلة عادة وللزم عنا و لا فرق بين المتطاول الزائد على المتعارف وغيره الا ان يدخل في الاغماء المتفق ظاهرا على الحاقه بالجنون في الحكم ولولاه لاشكل الفرق بينه وبين النوم بل بينه وبين السكر الذي الحقوه بالنوم الا اذا تعقد شربه فتبطل الوكالة لا بالسكر بل بالفسق حيث يعتبر العدالة في الوكيل ابتداء واستدامة كوكيل ولي الايتام والاوقاف ووكيل الوكيل كما سيجيء وهو خروج عن محل البحث **قوله** ويبطل بفعل ما تعلقت به الوكالة لا خلاف في ان فعل الموكل متعلق الوكالة بمنزلة في انفساخ العقد وانعزال الوكيل كما لو وكله على بيع عبده او عتقه او طلاق زوجته ففعل الموكل ذلك قبل فعل الوكيل فانه بمنزلة موت العبد والزوجة فلا متعلق للوكالة ولا محل فيمتنع بقاؤها في مثله ومما يحكم بعضهم من ان ذهاب المتعلق لا يقتضي بالانفساخ ولذا لو ذهب بعضه لم ينفسخ بالنسبة الى الباقي لان العقد لا ينفسخ بل فعله ان ذهاب المتعلق تماما موجب لبطلان العقد وانما خرج ما لعدم تصور بقائه بعد ذهاب محله بخلاف ذهاب البعض فان العقد يكون منصبا على ما بقي منه فلا ينفسخ ولا فرق في الانفساخ بفعل المتعلق بين علم الوكيل بالحال وعدمه لاختصاص ما دل على اشتراط العلم بالعزل خاصة دون الانفساخ والانعزال لتلف او لفعل متعلق الوكالة او فعل ما ينافيها كما لو وكله على بيع عبده فاعتقه وفي حمل زوجته الى ... طلقها او في طلاقها في هذا الظهر ثم وطئها فيه ونحو ذلك فانه كتلف متعلق الوكالة ايضا والمراد من فعل متعلق الوكالة هو الفعل الصحيح فلو باع الموكل عبده بالبيع الفاسد لم تبطل الوكالة على بيعه لبقاء المتعلق وعدم دلالته على العزل ظ عالما كان الموكل بفساده

اوجاهلا

اوجاهلا وان احتمل في البطلان في التذكرة ايضا معللا بان شروعه في البيع يقتضي عدم رضاه ببقاء الوكالة وجزم في القواعد بعدم البطلان مع العلم بالفساد واستشكل واستشكل مع الجهل واحتمل الاسناد في مفتاح الكرامة البطلان مطلقا مدعيا بانه عزله بعد البيع صحيحا كان او فاسدا او ابقاه عليه لا يبقى له عزله الا ما وكيله ورتب عليه ما يترتب على العزل القولي من توقف البطلان مع وجوب علم الموكل العزل الدال على الوكيل حين العزل لو عد منه والظ انه لا اشكال في عدم البطلان مع وجوب علم الموكل بفساد البيع لبقاء محل الوكالة وعدم القصد الى ما هو سبب في العزل لعلمه بعدم تأثير الفاسد في ذهاب المتعلق فلا يدل انشاء البيع المعلوم فساده على انشاء عزل الوكيل باحدى الدلالات واما مع جهل الموكل بفساد البيع فان كان مع ذلك جاهلا بالوكالة لنسيانها لها او جاهلا بتسبيب البيع الصحيح لبطلان الوكالة فلا اشكال لاجل ذلك لا يدل انشاء البيع منه على ارادة ابطال الوكالة وعزل الوكيل وان كان متذكرا للوكالة عالما بسببية البيع في الانعزال فيحتمل البطلان بناء على ان قصد السبب مع علمه بسببيته يستلزم قصد المسبب كما هو المنقول عن الفخر في الايضاح حاكيا الرعن والده العلامة ويشكل او لا بمنع ان قصد السبب يستلزم لقصد المسبب وان كان عالما بالسببية اذ ربما يجهل عن المسبب حين العقد القصد الى السبب وثانيا ان البيع انما كان سببا الا في الانعزال الحاصل بالقصد في التعبير عن التوكيل وارادة المباشرة فلا يكون سببا في العزل الا مع وجود انضمام القرائن والامارات المفيدة لارادة انشاء العزل من انشاء البيع وهو خروج عن محل البحث اذ لا ريب في انقطاع الوكالة بكل ما دل على منع الوكيل من التصرف لكن البيع بمجرده لا يدل على ذلك فالاظهر ما ذكره لم ينتف الوكالة لبقاء متعلقها **قوله** واطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالا بنقد البلد وكذا في الشراء فان خالف فضولي لا ريب في انه يلزم الوكيل الاقتصار على ما اذن له الموكل فيه نطقا او عرفا وح فاذا اذن له في البيع فاما ان يعمم او يقيد او يطلق فان عمم ابيع ما شئت خير من نقد او حلول او صفة وان قيد وجب على التقيد جمعا عشر من نقد وغيره الا ان يعلم الغاء خصوصية المعين عرفا

٢١٥

٢١٦

كما لو وكله على بيعه بدينار فحصل باذل للزيادة فان الغالب الاحتراز بالضبط عن الناقص لا الزائد في الوكالة بالبيع وبالعكس في الوكالة بالشراء وعليه حمل ما في حديث عروة البارقي في شراء الشاتين بدينار واحتمال كون التعيين لغرض من نذر او محاباة بالعين خلاف الغالب المتعارف الآن تنضم اليه قرائن الاحوال او يكون الزيادة محتملا لا يوثق بها ادنا او يكون ممن الشبهات ونحوه مما يقتضي الشك في عدم اذن الموكل فضلا عن الظن بعد ما فيجب الاقتصار على المعين خلافا لما يظهر من الوجيز من وجوب الاقتصار على المعين مطلقا وان اطلق الوكالة في البيع لزم البيع بثمن المثل فصاعدا بنقد البلد حالا للاجماع المنقول في التذكرة وغيرها ولانصراف الاطلاق فيها الى المتعارف عادة فان العادة كالتصريح وللزوم اعتماد مصلحة الموكل لاسيما انه على التصرف ولا مصلحة بالاقل ولا بغير النقد الغالب ولا ببيعه مؤجلا فلا وجه لما يحكى عن ابي حنيفة من جواز المخالفة في الامور الثلاثة لاطلاق اللفظ مع انه منع من مخالفتها في الوكالة بالشراء والفرق تحكم فلو باع بثمن المثل فحصل باذل للزيادة في مدة الخيار وكان وكيلا على الفسخ احتمل في وجوب الفسخ عليه وعدمه بالزائد قولان لان في التذكرة ان الاقرب وجوبه وحكى اختيار ولده في الايضاح على ما حكي المحقق الثاني والفاضل الشارح معللين بان مصلحة الموكل ذلك والتزام البيع حينئذ ولها وبان البيع بالزيادة مع تمكنه منها واجب والبيع الآن بالفسخ فيجب عليه فلو لم يفسخ فيحتمل بطلان البيع وكونه موقوفا لعدم الاذن بالبيع لا بفسخ مع قيام المصلحة بالفسخ ويحتمل مضيه وترتب الاثم والضمان للزيادة لتفويتها عليه ويحتمل ترتب الاثم خاصة وفي التحرير احتمل الوجه انه لا يجب الفسخ للاصل بعد حصول الامتثال ببيعه بثمن المثل ولانه تكسب جديد بل للموكل فلا يلزم الوكيل ولا يخلو من قوة سيما بعد ملاحظة ان الاذن بالفسخ انما حصلت بوكالة مستقلة غير الوكالة بالبيع وهي من العقود الجائزة فلا يلزم العمل بمقتضاها نعم لو لم يلزم البيع واسقاط الفسخ فلو التزم به لم يلزم والتزام مصلحة الموكل انما هو فيما يفعله الوكيل لا فيما يتركه من عدم العمل بمقتضى الوكالة اذ غايته ان يكون فسخا للوكالة ولا دليل على لزوم الوكالة في هذا الحال وترتب الضرر على الموكل انما هو بفعل نفسه لاقدامه على التوكيل مع

علم

علمه بعدم لزوم الوكالة في طرف الوكيل وكيفما كان فان خالف الوكيل فان باع باقل من ثمن المثل او اشترى باكثر منه بما لا يتغابن بمثله عرفا وقع فضوليا موقوفا على الاجازة وعن الشيخ في الخلاف وقع بطلان البيع ولعله لحديث لا يجيز الموكل وفي التحرير عن الشيخ انه لو قال بانه الوكيل بغير تمام ما غلبه حلف انه مال المال ومضى البيع قال فعلى هذا لو اطلق فباع بدون الثمن لزم الوكيل الباقي من ثمن المثل وهل يغرم الوكيل التفاوت بين ما باعه به وبين ثمن المثل او بين ما يتغابن الناس به وما لا يتغابن الاقرب الاول انتهى ومقتضاه ان المتفرع على مقالة الشيخ مضي البيع وضمان الوكيل مع انه قال في التذكرة بعد اختياره فضولية البيع ان قول الشيخ اذا تعدى الوكيل شيئا مما وكله كان ضامنا لما تعدى فيه لا ينافي ولم يحك الا القول بمضي البيع مع ضمان الوكيل التفاوت الا عن احمد في احدى الروايتين ولا يشتهر في ضعفه وصنافاته للقواعد الشرعية فان الموكل اذا رضي ببيع الوكيل بالاقل لم يكن له سوى الاقل ولا موجب لضمان الوكيل التفاوت وان لم يرض به كان باطلا لمخالفته المأذون فيه من غير اجازة فلا مقتضي للصحة اصلا هذا مع علم الوكيل بالمخالفة واقدامه على المخالفة اما مع الجهل لما من غير تقصير فقوى مضي البيع وترتب الخيار للغبن وكذا في جانب الشراء بالاكثر على نحو ما اذا اشترى الوكيل معيبا او باع بثمن معيب مع اطلاق الوكالة لانصراف الاطلاق فيها الى الصحيح فيكون شراء المعيب في البيع فضوليا مع العلم ونافذا مع الجهل ويثبت للموكل خيار العيب وقد في القواعد بين الغبن والعيب فحكم بالفضولية مع الجهل في الاول دون الثاني نظرا الى ان الجهل بالغبن لا يكون الا عن تقصير لعدم خفائه على اهل الخبرة بخلاف العيب فيعذر اذا اخفي عن المالك فضلا عن غيره وفيه المنع من عدم خفاء الغبن في بعض المقومات كما في الجواهر ونحوها ولو باع من غير رجوع الى اهل الخبرة مع ان الرجوع اليهم غير متحتم على الوكيل اذا كان تام البصيرة فقد يتفق الغبن مع عدم تقصير في النظر وما ذكرناه يعرف حال المخالفة في النقد والحلول فان الظاهر وقوع البيع فضوليا مع المخالفة مع العلم ولو مع الجهل ولا عبرة بملاحظة مصلحة الموكل بالمخالفة فيها وان لم يعتبر اعتبارها في افراد النقد باعتبار الانفع منها حيث لا يكون

عليه في بعضها بحيث ينصرف الاطلاق اليه فانه لا تفاوت الافراد في النفع والطلب يتخير بينها قوله
وانما تصح الوكالة فيما لا يتعلق غرض الشارع بايقاعه من مباشر بعينه كالعتق والطلاق والبيع اي يعتبر في متعلق الوكالة صحة النيابة فيه شرعا وهو مما لا اشكال فيه ولا في ضابطه المذكور في جملة من العبارات مع انه كلما لا يتعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة الا انه لا اجمال الا بعد فاعلية ويرجع اليها في مقام الشك بل صرح جماعة منهم المحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهما بان مرجع معرفة غرض الشارع المباشرة وعدمها الى النقل فلا يستفاد الا من الاستقراء والتتبع ولا قاعدة له لا يتخرم ويظهر من بعض فضلاء العصر ان الاصل صحة النيابة وجواز الوكالة في كل شيء مستندا الى ان الاصل عدم اعتبار المباشرة والى عموم جواز الوكالة وغيره انه لا وجه للتمسك بالاصل بعد ظهور الخطابات المتعلقة بافعال المكلفين طلبية او وضعية في ابتنائها على اعتبار القصاد ونحوهم على وجه المباشرة من الفاعل فالطلب يقتضي مباشرة المطلوب منه للفعل والتسبب المترتب على فعل مكلف يقتضي ترتبه على نفس فعله القاصد عنه فاما غيره فقام ذلك بحيث يصدق الامتثال بفعل الغير في مقام الطلب منه ويترتب الاثر من ضمان او ملك او اسقاط بفعل غيره مع ان ظاهر الخطاب يتعلق بفعله مفتقر الى الدليل والا فالاصل عدم اجزاء فعل عن فعل وعدم ترتب حكم على شخص بفعل غيره فالنيابة والوكالة لولا ورود النص وقيام الاجماع على مشروعيتها على في موارده فالاصل فيهما هو المنع مطلقا ودعوى العموم في الوكالة ممنوعة لعدم ورود ما يفيد العموم والاطلاق فيها بحيث يتناول كل شيء والاستناد فيه الى نحو ما ورد في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام من وكل رجلا في امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدا حتى يعلمه بالخروج منها كما علمه بالدخول غير صحيح اذ لا عموم فيه بل هو مسوق لبيان عدم الانعزال قبل اعلامه بالعزل وثبوت مشروعيتها في الجملة بهذا النص ونحوه لا يقتضي مشروعيتها في كل مورد ويحتمل ان الحكم الشرعي في خصوص الفرد المشكوك فيه مستفاد من الجواز الثابت لطبيعتها في حيز المنع اذ لا يبعد ذلك الا بعد دعوى تعلق الحكم بالطبيعة المطلقة بحيث يتناول جميع

الافراد

الافراد لحلولها فيها لا لانها اذا تعلق بالطبيعة في الجملة فالظاهر ان الاصل عدم اجزاء النيابة الا فيما قضت الادلة بجوازها فيه كما ورد من المحكي عن المقدس الاردبيلي حيث قال الظاهر من الخطاب التكليفي البدني المباشرة بنفسه حتى يعلم جواز النيابة بل لو اما غيره مثل المعاملات فالظاهر جواز التوكيل ويؤيده اورده النص بالجواز ويؤيده صدق العقود والايقاعات بخلاف النذور والغصب والايلاء والظهار ثم قال والحاصل انه فيما يعلم بالنص والنقل انه يعلم فلا يجوز وينبغي التتبع في كل مادة بخصوصها انتهى فلو علم المستفاد من كلمات الفقهاء اتفاقهم كما يومي اليه تعرضهم للدليل على جواز النيابة فيما تصح فيه كما يستند الاحتجاج على جواز التوكيل في البيع مطلقا ايجابا وقبولا بجميع انواعه وفي جميع احكامه وتوابعه من الفسخ بالخيار والاخذ بالشفعة واسقاطها بانه قد يترفع عن التردد في الاسواق وقد لا يحسن التجارة وقد لا يتفرغ لها وقد يكون مما يزرى بالحضور كالمراة فاجاز الشارع التوكيل فيه دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الادمي المخلوق لعبادة الله عز وجل من قائل وما خلقت الانس والجن الا ليعبدون واستند وا في جواز التوكيل في الاجارة والحوالة والضمان والشركة والكفالة وعقد الرهن والوكالة والصلح والمساقاة والمزارعة والوديعة والجعالة والعمل المتعلق بها والحوالة والقرض عقدا وتسليما او اخذا والوقف والحبس والعمرى والرقبى والوصية ايجابا وقبولا وفعل متعلقها بان هذا كله في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فثبت فيها حكمه وبالاجماع على جواز التوكيل فيها الا ممن شك من المخالفين في بعضها واستند وا في صحة التوكيل في عقد النكاح بتوكيل النبي صلى الله عليه وآله عمرو بن امية وابا رافع في النكاح وبصحة التوكيل في الطلاق بالنص والاجماع وبالجملة فالنيابة والاستنابة في العقود والايقاعات على ما يظهر من كلماتهم مستفادة من النص في بعض والاجماع في اخرى على وجه يحصل من استقرائها وتصفح جوانبها جواز التوكيل في جميعها وان انضم الى بعضها قصد القربة كالوقف والعتق لعدم المنافاة بينها وبين النيابة قوله
لا فيما يتعلق غرضه كالطهارة والصلوة الواجبة في الحيوة لا اشكال في ان ما تعلق غرض

الشارع فيه المباشرة لا يجوز الوكالة والاستنابة الا ان ذلك في العبادات وغيرها لا يحتاج الى تفصيل
ومستند نقلي كما ادعاه في الروضة بل يكفي عدم الدليل على صحة النيابة لما عرفت من ان الاصل في الاعمال
من الاسباب والشرائط هو اعتبار المباشرة فيها وعدم قيام فعل الغير مقام فعل المكلف سيما في افعال
الطاعات والعبادات فان ظهورها في ارادة المباشرة من المكلفين بامتثالها والعبودية والتذلل والانقياد
مما لا مساغ لانكاره ولذا جعل الفقهاء الاستنابة فيها عدا ما سوغنا التوكيل فيه عدا ما من المعاملات
كالطهارة وانما استثنوا المعاصي في مباشرتها فلا يترتب على فعلها بالتوكيل ما يترتب على فعلها من اسبابها
من الحدود والتعزيرات والاتلافات والعقوبات وكذا الحال فيما جعله الشارع سببا في ان
كالقبض والغصب والاتلاف او في الاثم والالزام كالاقرار والنذر واليمين والعهد او التملك كما
في حيازة المباح والالتقاط والاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك فان احكامها منوطة
على نفس فعل المكلف ولا دليل على صحة النيابة فيه في ذلك نعم ورد صحة النيابة في الحج الواجب عن
الميت واما الحي الذي لا يرجى زوال عذره والنيابة مع العجز عن بعض اعمال الطواف وصلوته
ونحو ذلك مما هو في الحج كما ورد صحة الصلوة والصوم الواجبين نيابة عن الميت فيجب الاقتصار على
مورده ولا يتعدى الى غير المنصوص وحينئذ فلا تصح الاستنابة عن الحي مع القدرة والاختيار في شيء
من الفرائض والنوافل عدا الحج المندوب والزيارة وما يتبعهما من الصلوة ولا مع العجز الا في
الحج والطواف وغسل بعض الاعضاء في الطهارة كما مر واما الميت فتصح النيابة عنه في كل الامور
حال في حال حيوته من الفرائض واما المندوبات فالمروي منها كالحج وان ورد في الفروع المتكثرة
ما يدل على لحوق الميت وانتفاعه بكل عمل صالح من صلوة وصيام وصدقة وعتق وبر وكل عمل
حسن بل في بعضها التسوية في ذلك بين الاحياء والاموات لكن الظاهر منها حصر هذا الثواب
وتحصيله بتلك الاعمال للحي والميت لا وقوع تلك الاعمال بانفسها نيابة عن الميت كما لعله ظ
اكثر الاصحاب منهم العلامة في المنتهى والتحرير والمحقق في الذكرى حيث حكى ذلك عن السيد ابن طاوس
بعد ايراد جملة منها ولم يعقبه بما يخالفه بل ربما يقصد استثناء النصوص المشار اليها على ما لا يشعر

وتر معنى

٢١٦ فيه معنى النيابة بنفس العمل عن الحي والميت والا كالاستغفار والصدقة ونحوهما ولا حظ علماء
سقوط الخطاب بالبدل عن الحالف بفعل من ينوب عنه وان الاصل كما عرفت سيما في العبادات هو المباشرة
ولا مقتضي لحمل تلك النصوص على ما يخالف الظاهر الا ان فائدة انتفاع الميت بفعلها وصحة وقوعها
على وجه النيابة مسلم عند الجميع كما يظهر من كلماتهم فلا موجب لحملها على ارادة ما هو اعم من ذلك ومن
وقوعها على وجه النيابة كما يظهر من الحدائق نعم ما كان من عمل الغير مسقطا لتكليف المكلف وبرئ الذمة
كالصلوة والصوم الواجبين عن الميت والحج عنه وعن العاجز فانه لا يقع الا على وجه النيابة كما
ذكرناه عدم صحة النيابة والوكالة استثناء الزيارة وصلوتها بل وفي الحج المندوب وصلوته
لم ينقل الاجماع على جواز النيابة بنفس العمل فيهما واما النيابة فيهما في تحصيل ثوابهما المترتب
على فعلهما فهما لا اشكال فيه ولا خلاف كما في غيرهما من سائر الطاعات وربما كان هذا المعنى هو
المراد مما ورد فيهما من الاخبار وعلى اي تقدير فالظ عدم مشروعية النيابة في النوافل من الصلوة
مطلقا ما استثني منه وكعتي الطواف المندوب وكعتي الزيارة عملا بالاصل من غير معارض مع انه لا خلاف
على الظ في عدم صحة النيابة في الصوم المندوب عن الحي والميت فلا وجه لتردد الفاضل الشارح في
النوافل ولا لجزم من جزم بصحة النيابة فيها واما العبادات المالية كالزكوة والخمس فالظ انه لا
مانع من النيابة والتوكيل فيها اخراجا وقبضا قوله ولا بد من كمال المتعاقدين وجواز تصرف
الموكل المراد من كمال المتعاقدين بلوغهما وعقلهما ومن جواز التصرف الموكل ارتفاع الحجر عنه فيما
وكل فيه من التصرفات التي يدخلها النيابة فاما اشتراط البلوغ والعقل في كل من الموكل فلما
مر في البيع وسائر العقود من عدم الاعتداد بعقد الصبي والمجنون لانتفاء القصد وعموم ادلة الحجر
والاخبار الناصة ببطلان بيع الصبي وشرائه وسائر تصرفاته حتى يبلغ لكن قد اشرنا في البيع
الى وجود الخلاف في بيع من بلغ عشرا او في المميز مطلقا وفي الاعتداد بمجلسه من تصرفاته كوصيته
وهبته وصدقته وعتقه ووقفه وطلاقه فينبغي جواز وكالته في ذلك لان كل من ملك مباشرة
التصرف يملك التوكيل فيه ولانه انما يقبل النيابة جاز له التوكيل فيه كما هو المعروف بين الاصحاب الا ان بدعي

تخصيص هذه الكلية بالصبي لعموم ادلة الحجر الفاصلة بعدم الاعتداد بعقوده وعباداته واقراره وقبضه
واقباضه وان جوزنا من ذلك وصيته ونحوها مباشرة للدليل المختص بها فلا يعم جواز العقد على الا ستنابة
فيها ولا يجوز تصرفه والا نريب في بطلانه وكالة الصبي بين اذن الولي له في ذلك وعدمه ولا بين اجازته
بعد البلوغ وعدمها كما لا فرق في المجنون بين المطبق والادواري الا ان يوكل في حال الافاقة فيصح
التصرف ما لم يطرء الجنون فيبطل العقد واما اشتراط رفع الحجر عن الموكل فظ لان من حجر عن اهلية المباشرة
بدون الاذن فيقتضي المنع من التوكيل بالاولوية الا ان المنع مقصود على خصوص ما حجر عليه فيه فلا
يمنع العبد من التوكيل الا فيما يتوقف على اذن المولى من التصرفات دون ما لا يتوقف على الاذن كا
كطلاقه وخلعه وطلب القصاص والتعويض على ستيلة بحق من حقوقه وكذا المفلس بعد تحقق لا يمنع
الا من التصرف وله التوكيل من طلاقه ونحوه وخلعه واستيفاء قصاصه وتصرفه في نفسه من الترك
في الذمة واجارة نفسه ونحوه السفيه فيما عدا الاخير ولو وكل المحجور عليه لنصرة الوكيل بالا
باستاذنه الولي لم يصح وفي التذكرة الاجماع عليه حيث قال ومن جوز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها
او عبد سيملكه فقياسه تجويز توكيل المحجور عليه بما سيأذنه له فيه الولي وكل هذا عندنا باطل
انتهى وهو في جامع المقاصد في توكيل المحرم في ابتياع الصيد قال ولو وكل في شرائه بعد الاحلال
فظاهرهم عدم الجواز فلا يعتد بهذا التوكيل لعدم كونه مالكا لمباشرة هذا التصرف الان وهو
شرط عندنا فكان كما لو وكل في طلاق امرأة سينكحها ثم حكى عن التذكرة ما حكيناه عنها لكن
في المسالك في ابتياع الصيد بعد ان نسب الى ظاهر الشرايع المنع قال والاولى الجواز فلعل الجواز
في خصوص المحرم دون الحجر المحجور عليه لرق وفلس هو الاقوى والفرق بين الامرين ان المحرم
انما يمنع من اثبات اليد على الصيد حال الابتياع لان الاحرام ابتياعا او استدامة اما الوكيل
كالمباشرة وما استنابه فلا مانع من توكيله حال الاحرام على اثبات اليد بعد الاحلال ولا تحقق
الاحرام فساد عقد الوكالة فانما لم يترتب عليه اثبات اليد حين الاحرام واذا وكله محلا فاحرم لم يبطل
وكالته وان منع الوكيل من التصرف الثاني في حال الاحرام بخلاف المحجور عليه فانه مسلوب الاهلية

عن المفضي

عن التصرف بماله حتى انه لو وكل قبل الحجر عليه فانه مسلوب الاهلية يبطل بعد طروه فما ظهر من جامع المقاصد
من جعلهما من سنخ واحد غير جيد وينقض توكيل المحرم بالتوكيل في طلاق امرأة سينكحها
فاسد بل هو من نظير التوكيل في طلاق امرأته في حال الحيض او في طهر المواقعة ليوقعه بعد ذلك
نعم توكيل المحجور عليه شبيه بما ذكر من التوكيل في طلاق امرأة سينكحها وما علل به في جامع المقاصد
البطلان من اشتراط ان يكون الموكل مالكا لمباشرة التصرف لانه ان اراد اشتراط تمكن الموكل من مباشرة
التصرف حين العقد فعلا فممنوع لا نتقاضه بما ذكرناه من التوكيل في طلاق امرأته حال حيضها
ونحوه مما هو متفق على صحته وان اراد صلاحيته للمباشرة في حال العقد ولو بعد ارتفاع
المانع فسلم ولكن الشرط يتحقق في المحرم دون المحجور عليه كما هو غير خفي على المتأمل ويظهر من تخصيص
المصنف اشتراط جواز التصرف في الموكل وعدم اشتراطه في الوكيل وعلله في التذكرة والروضة بجواز
كون المحجور عليه في الجملة وكيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرفات كالسفيه والمفلس مطلقا والعبد
باذن سيده وجه ان الحجر على السفيه والمفلس انما هو التصرف بماله والتوكيل فيه وجواز توكيلهما
فيما حجر عليهما فيه من التصرف بمال الغير ولا ينافي اشتراط عدم الحجر فيما لو وكل فيه من التصرفات
كما ان الموكل اشترط فيه ان لا يكون محجورا عليه فيما وكل فيه مع جواز توكيله في غيره فالفرق
بين الموكل والوكيل في اشتراط جواز التصرف بخصوصه في الاول دون الثاني غير ظاهر بل الظ عدم الفرق
بينهما في اشتراط جواز التصرف فكما ان الموكل يعتبر فيه جواز تصرفه فيما وكل فيه فكذا يعتبر
في الوكيل جواز التصرف فيما وكل به فلا يجوز للمحرم ان يكون وكيلا في عقد نكاح او ابتياع صيد
ونحو ذلك فلا فرق من غير جهة بين ان يكون الموكل محرما او محلا وكذا لا يجوز للعبد ان يكون وكيلا في
التصرفات المنافية لحق المولى مطلقا من غير اذنه قوله ويجوز الوكالة في طلاق الغائب والحاضر باستفاده
من التشبيه بطلاق الغائب معلومية جواز توكيل الغائب عن زوجته بطلاقها سواء كان الوكيل حاضرا
او غائبا وهو كذلك لانعقاد الاجماع بقسميه وفحاوي النصوص الناصة بالجواز حال الغيبة
وان نقل عن ابن سماعة اطلاق القول بمنع الوكالة في الطلاق فهو لعله استند الى خبر زرارة الطلاق

٢٢٠

بيد من اخذ بالساق ولاولاية فيه على نفيه الحاكم فما المعروف بجواز الوكالة فيه المباشرة مثل ان يباع
ان امره الحاكم مباشرة او وكالة واما الطلاق الحاضر فالمعروف جواز الوكالة فيه بل عن ابن ادريس
نفي الخلاف عنه لوجود المقتضي وانتفاء المانع فان الطلاق مما يتعلق به غرض بالمباشرة ولذا صح
التوكيل فيه من الغائب والفرق بين الغيبة والحضور غير منصوص ودعوى دلالة علي انما دل على الجواز في
الغيبة مضافا الى اطلاق جملة من النصوص وعمومها الناشئ من ترك الاستفصال كصحيح سعيد
الاعرج وغيره لكن المحكي عن الشيخ والقاضي والتقي المنع لقوله في خبر زرارة لا تجوز الوكالة في
الطلاق وهو ضعيف سندا ودلالة من حيث الاطلاق الذي لا عامل به وجبره فلا يصلح لمعارضة
ما عرفت ويمكن حمل الوكالة على معنى الولاية الثابتة للزوج فنفيها يقتضي اختصاص حق امر
الطلاق بالزوج كما هو مفاد قوله الطلاق بيد من اخذ بالساق وهو مما لا خلاف فيه ولا
اشكال **قوله** ولا يجوز للوكيل ان يوكل الا مع الاذن صريحا او فحوى كاتساع متعلقها وترفع الوكيل
عما وكل فيه عادة لا خلاف في انه ليس للوكيل توكيل غيره بل وفي الاذن من الموكل لان تصرف
الوكيل انما هو بالاذن لا بالملك والولاية فيلزم اقتصاره على ما اذن فيه ومن المعلوم
ان الاذن بالبيع مثلا لا يقتضي الاذن بايقاع الوكالة عليه واما مع اذن الموكل له بالتوكيل
فلا مانع منه مطلقا سواء اذن بتوكيله عن نفسه او عن الوكيل لان الاذن بتوكيله عن نفسه توكيل منه في عقد
الوكالة وهو قابل للنيابة كما مر والاذن في التوكيل عن الوكيل ارفاق به وتسليط له على ما هو حق
له الموكل فلا يقع اذ من شرط الموكل ان يكون متمكنا من المباشرة للتصرف بالملك او الولاية والوكيل
غير متمكن باحدهما فلا يصح ان يكون موكلا لان الشرط المذكور انما اقتضى اختصاص صحة الوكالة
بالمتمكن باحد الامرين المذكورين اصالة وهو لا ينافي تفويض حق التوكيل بالاذن والتوكيل
والحصر كما ان البيع والرهن والاعارة والوديعة حق للمالك وله تسليط الغير على ذلك بالاذن
العمومي ولا فرق في جواز التوكيل مع الاذن بين الصريحة والفحوائية وهي المستفادة من قرائن
الاحوال او منها ومن ظاهر العموم كقوله اصنع ما شئت على ما ظهر من العلامة في القواعد حيث

مثل

مثل للفحوى بالعموم المذكور مع انه في التذكرة منع من تناوله للتوكيل واطلاق الفحوى على مثله خلاف المتعارف
بل هي انما تعني مفهوم الموافقة كما هو الشائع بين الاصوليين والدلالة عليه بمحل النطق كما هو الظاهر
من مصطلح الفقهاء وكيف كان فلا اشكال في الجواز مع الاذن المستفاد من اللفظ نصا او ظاهرا او من
قرائن الاحوال كما لو منعه ترفع الوكيل عن مباشرة ما وكل فيه او عجزه عن مباشرته كلا او بعضا فيوكل
فيما يعجز عنه دون ما يقدر على مباشرته على الاظهر ويلزم الوكيل ان يتبع الاذن بالتوكيل فان اذن له بالتوكيل
عن الموكل يكون عنه كان الوكيل وكيلا للاخر الموكل لا ينعزل بموت الوكيل الاول وجنونه ولا بعزله ولا
يملك عزله وان اذن له بالتوكيل عن نفسه كان الثاني وكيل الوكيل فله عزله تابعه ووكيله واما انعزاله بعزل
الموكل فلان له عزل الاصل فالفرع اولى وعن الشافعي في احد قوليه انه لا ينعزل بعزل الوكيل له معللا
بان التوكيل فيما يتعلق بحق حق للموكل وانما جعله وكيلا بالاذن فلا يرتفع الا بالاخذ وعن مجمع البرهان
انه لا يخلو من وجه وضعفه في جامع المقاصد بانه وان كان حقا للموكل بالنيابة لاصل التوكيل لكن كونه فرعا
عن الوكيل يجب ان يكون رفعه منوطا وينبغي هذا البحث في موت الوكيل الاول وجنونه والاصح البطلان وان
وان اطلق له الاذن بالتوكيل فهي جواز توكيله عن الموكل خاصة او عن نفسه خاصة او تخييره بين الامرين
اوجه بل اقوال ان استفيد التخيير من عبارة الشرائع لكنها عن مالحق رواحتمل الاكثر عليه فالملحظ
وظاهرهم اتحاد الاشرف الوجهين بل يظهر من بعض المتأخرين بطلان الاذن مع الاطلاق لاجماله وعدم
معلومية متعلقه مع ارادة الموكل عنه ومن الموكل هو او الوكيل مع احتلاف حكمهما في اللوازم والاحكام كبطلانها
مع عدم ذكر متعلق الوكالة والفرق بين الامرين ظاهر فان متعلق الوكالة كاحد العوضين في عقود المعاملة
يجب ذكره وتعيينه في الجملة والا كان جهالة وغررا بخلاف الموكل فان التعرض له غير معتبر في صحة الوكالة
مع انه لا مدخلية لهذا التفسير فيما نحن فيه اذ ليس البحث في عقد الوكالة وانما الكلام في الاذن به والحصر
فيه ولا شبهة في صحة التخيير في ايقاعه بين الامرين نصا فلا مانع منه مع الاطلاق المقتضي
للتخيير الا ان الموجب لصرفه الى ارادة التوكيل عن الموكل دعوى تبادره وان المنسان عرفا نظر الى ان
الوكيل بالاستنابة حق للموكل فالنيابة عنه مع عدم تصريحه بارادة الغير كما لو اذن له ببيع ماله فانه

يتحقق مراد الموكل واستحباب معرفته بالقضاء التي يحاول بها مايزه يحصل الغرض من توكيله فيل وهذا الاخير باب
الترغيب وليس بلازم فانه عن الوكيل عاد فلا ضرر مباشرة لا يبطل التوكيل مع ان العجز في مثله غير محقق لكن الحكم
عن ابن حمزة وسلار والي الصلاح وابن البراج ما يقتضي باشتراط الامرين المذكورين في الوكيل ولا دليل على الا
شتراط بل قد يتم في ثبوت الاستحباب لكونه من الارشاد الذي لا يترتب عليه ثواب ولا امر به في الاخبار حتى
يكون امتثال صدوره لوارشادا او نفيه مثلا من المستحب **قوله** ويستحب لذوي المروات التوكيل في المنازعات
المراد من ذوي المروات اهل الشرف والرفعة ولا خلاف في استحباب التوكيل لهم تأسيا بالمنقول من فعل
امير المؤمنين عليه السلام انه وكل عقيلا في خصومته وقال ان للخصومة قحما وان الشيطان يحضرها بل واستنادا
من التعليل والاعتبار استحباب ذلك لغير ذوي المروات ايضا وكراهة المباشرة كما صرح بكراهتها كثير
من الاصحاب وكيفيا ما ورد من مخاصمة النبي صلى الله عليه وآله صاحب الناقة ومخاصمة امير المؤمنين عليه السلام في درع
طلحة ومخاصمة زين العابدين عليه السلام زوجته الشيبانية لان الوجوه والاحوال قد تقتضي الرجحان
فضل المكروهات وترك المندوبات **قوله** ولا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل اي من حيث الردة وان
بطلت من حيث توكيله على مسلم ولا خلاف في عدم بطلانها بالردة الا ما يحكى عن فخر الاسلام في شرح الا
من الحكم ببطلانها بالارتداد الفطري خاصة معللا بانه في حكم الميت لوجوب قتله على نفسه ومخرج
بذلك عن القابلية لكونه مشغولا بما دهمه عن القيام بمصلحة الموكل وهو كما ترى فانه بحكم الميت بالنسبة
لنسبة الى امواله ونحوها وجنسه ووجوب قتله لا يخرجه عن القابلية كما لا يخرجه عنها ونفوذ
تصرفه فيما عدا امواله فالظاهر عدم الفرق بين الفطري وغيره في بقاء الوكالة وصحتها استدامة وصحتها
ابتداء ثم يتجه البطلان لو قلنا ببطلان توكيل المسلم للكافر مطلقا كما يظهر من المحكي من عبارة ابن الصلاح
في الكافي وابن زهرة في الغنية مدعيا عليه الاجماع لكنه كادعى خلاف الاجماع فيما عدا التوكيل
على المسلم **قوله** ولا يتوكل المسلم للذمي على المسلم على قول الشيخ والاقرب الجواز ظاهر الجواز من غير
كراهة والمشهور الكراهة بل في التذكرة الاجماع عليه وفي التحرير مضافا الى ما يظهر من المحكي عن ابن
ادريس وبعض الشراح لو بناء الرسالة من وجود حديث يدل على المنع المنزل على الكراهة وان

فانه ينصرف الى ارادة بيعه عن المالك ما لم ياذن له ببيعه عن نفسه وبهذا جزم العلامة وجماعة منهم
المحقق الثاني والمقدس الاردبيلي ولعل الظاهر ارادة التوكيل عن الوكيل لان المستفاد من الاذن ارادة
الارفاق والتسهيل عن الوكيل بعدم الزام المباشرة لما وكل فيه مع استفادة ذلك من الفحوى فان قطع
فيه ذلك مما لا يخفى وحيث يجوز للوكيل التوكيل فلا يوكل الا امينا على ما قطع به كثير من الاصحاب بل
لا اجد خلافا الا ان المراد منه هو العدل كما جزم به في جامع المقاصد او المعروف بعدم الخيانة وان كان
فاسقا او كافرا كما يقتضيه اطلاق الامين في كلامهم والمرجح جمع من المتأخرين منهم المقدس الاردبيلي
ولعله الاظهر اذ لا دليل على اشتراط الامانة في وكيل الوكيل سوى ان الواجب على الوكيل مراعاة المصلحة
للموكل في تصرفه وهو لا يقتضي اشتراط العدالة اذ لا مدخلية لها في المصلحة للموكل بالنظر الى النفع
واما بالنسبة الى الاستيمان على مال الموكل فربما كان الوثوق بعدم الخيانة في غير العدل اتم منه في العدل
كما قال غير من قال من اهل الكتاب من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك مع ان تحصيل العدالة في الوكالة
مما يتعذر غالبا فيلتبس الحاجة الى توكيل الوكالة فلو توقف على العدل لانسد باب الوكالة في اغلب
الاشياء واذا استمرت السيرة على استنابة من يجري عن ديعة المسلمين فضلا عن شأنهم مع حصول
الوثوق والاطمئنان بالنائب ولا يظهر من العهدة الفقهاء اكثر سوى اعتبار الامانة وهي اعم من العدالة
كما يشهد به ما ذكروه على ذلك من وجوب العزل لو تجدد الخيانة فانه كالصريح في ان المانع من الصحة
عدم الامانة لا مطلق الفسق الفسق الا ان حكمهم بوجوب العزل مع وضعه الوكالة عن الموكل غير متصورة
اذ لا يحتمل تكليف المالك بوجوب عزل وكيله وان طرأ فسقه ولا تكليف الوكيل بوجوب العزل اذ لا ملك
عزله فلعل المراد وجوب العزل على الوكيل حيث يكون وكيل الوكيل لان تقييده منوط بالمصلحة ولا مصلحة
للخيانة في بقاء من يخاف الخيانة ويمكن منه احتمال المنع من حيث تعلق حق الموكل بهذه الوكالة
ولو بواسطة الوكيل لكن الاقرب الوصية الا مع رضي الموكل واذنه فيكون بمنزلة التوكيل منه **قوله** ويستحب
ان يكون الوكيل تام البصيرة عارفا باللغة التي يحاور بها ويستحب للموكل اختيار وكيل بهذه الصفة لانه يستحب
للوكيل الاتصف بذلك ان يتوكل كما احتمل وعلل استحبابه بما فيه البصيرة فيما وكل فيه بان يكون مليا

يتحقق

وقد ابن ادريس مكونه من اخبار الاحاد والشارح المذكور على التفهيم مع ان المحكي في الخلاف والتذكرة
من العلامة نسبة العامة منا بفتوى بالجواز لكن المحكي عن الشيخين في المقنعة والنهاية وسلار وابي الصلاح
وابن حمزة وزهرة القول بالمنع ملاغيا عليه في الغنية الاجماع ولعل مرادهم الكراهة التي ادعى في
الخلاف الاجماع عليها حيث قال يكره ان يتوكل مسلم لكافر على مسلم ولم يكره ذلك احد من الفقهاء دليلنا
اجماع الفرقة واخبارهم دليل على جوازه انتهى وان اشعر الدليل على ارادة الحرمة من لفظ الكراهة الا انه
حمله على ارادة الجواز الخالي عن الكراهة متعين لان الاصل استعمال الكراهة في بابها ولا دليل عليها بين
في المتاخرين ومصير الشيخ وغيره اليها ما حكي لعدم ما يدل على المنع سوى الاجماع المذكور وهو
موهون بمخالفة الاصل والشهرة المتأخرة واجماع التذكرة واما الخبر المشار اليه فضعيف الارسال
فلا جابر له فلا يصلح الا لاثبات الكراهة التي يكفي في ثبوتها التخلص من شبهة الخلاف فالقول
بالجواز على كراهة هو الاقوى والظاهر عدم الفرق في ذلك بين الذمي وغيره من الكفار بل لعل الحكم
بالكراهة فيما عدا الذمي ثبت بطريق اولى قوله ولا الذمي على المسلم لمسلم ولا الذمي خطاء وباقي
الصور جائزة فالصور المتصلة من اسلام الوكيل والموكل عليه وكفرهم جميعا او بعضا ثمان لان
الوكيل اما ان يكون مسلما او كافرا والموكل كذلك والا كذا الموكل عليه والمتحصل من ضرب ضمن الوكيل
في ضمن الموكل ثم المجموع في ضمن الموكل عليه ثمان وكلها جائزة من غير خلاف فيما عدا ما سمعته من
الخلاف في توكيل المسلم للذمي ومن اطلع عليه المصنف من بطلان توكيل الذمي على المسلم سواء كان الموكل
مسلما او ذميا وقد استفاض نقل الاجماع على بطلان الوكالة في هاتين الصورتين ولم نقف
على مخالف فيهما وان كان المحكي من عبارة الاسكافي مشعرا بالكراهة فلا مناص عن الحكم بالمنع
للاجماع واية السبيل في وجه الاقتضاء فيخالف الاصل على ما هو المتبادر من معاقد
الاجماعات والفتاوى وهو جعل الذمي وكيلا على ما يقتضي سلطنة واستيلاء وسبيلا على
المسلم من مخاصمة او استيفاء حق من المسلم ونحو ما ليس كذلك من ايقاع عقد وايصال حق الى المسلم
ونحو ذلك مما قد يعد استخداما للمسلم عادة عرفا لا استيلاء عليه كما صرح به جماعة وجمع

من محققي

من محققي المتأخرين ولعل مراد الجميع القرينة على ارادة الدلالة على الاستيلاء ولاستنادهم
الى اية السبيل الظاهرة في نفي السلطنة وان حكم بعضهم بعموم المنع استنادا الى اطلاق معاقد
الاجماعات وهو ضعيف لو لم يفهم من الاطلاق ما عرفت فتدبر قوله ولا يتجاوز الوكيل ما احد له
الا ان تشهد العادة بدخوله كالزيادة في ثمن ما وكل في بيعه والنقيصة فقد علم مما سبق ان مناط
جواز التصرف للوكيل اذن الموكل فلو اذن له بالبيع او الشراء مقيدا بشخص او وقت او مكان او مكانا
او ثمن معين وجب الاقتصار على ما نص عليه من القيود والخصوصيات ولو مكان او ثمن معلوم ولا
يجوز له التجاوز عنها بعدم الاذن في غيرها الا ان يفهم من القرائن الحالية وشهادة العرف والعادة
المطردة عدم مدخلية الخصوصية وارادة المثالية او فهم الاولوية عرفا فان غير المنصوص عليه يكون
بحكم المنصوص في استفادة الاذن فيه من عقد الوكالة فيصح التصرف عن المنصوص لدخوله
فيما وكل فيه واذنه له اما لو علم رضاه بغير ما نص عليه لا من نفس العقد بل من حال الموكل نفسه واذنه
القرائنية فانه وان جاز التصرف لكنه لا يخرج بذلك عن الفضولية ولا فرق فيما ذكرناه بين سائر
القيود الا ان العادة المخصوصية غير معلوم عرفا وعادة من القيود الشخصية والزمانية التعلق الا
غراض بها غالبا اما الامر بالبيع والشراء في السوق او البلد فاحتمال الغرض بتخصيصه لمودة
بين الموكل واهله او لحلية اموالهم او خلوصها من الشبهات فيوغا بنه من الندرة غير ملحوظ
في العادة فلا يفهم من التقييد به عرفا وعادة الا ارادة من حيث انه محل للبيع والشراء غالبا
ولا ينساق الى الفهم عرفا فاذا حصل الوكيل الثمن المعين او ثمن المثل حيث لا تعيين في غيره صح
بيعه وشراؤه بمقتضى الوكالة وهكذا الحال في تعيين الثمن فان المنساق من تعيين الاثمان مثلا
في البيع او الشراء الاذن بالبيع بها فما زاد والشراء بها فما نقص واحتمال الخصوصية في جانب
البيع بارادة عدم الاستطالة في البيع والتسهيل على المتبايعين وعدم ارادة الربح جزء ملحق بالنادر
المستلزم عرفا وعادة بل هو كصورة الشراء مما زيد فيه عرفا مدلول عليه بالاولوية الا ان
بمعرفة الزيادة والنقصان فيما صرفا وتشهد القرائن الخارجية بعدم ارادة الزائد والناقص

يخرج بذلك عن كونه مدلولا عليه بالدلالة اللفظية واما مجرد احتمال الغرض بالتخصيص مع غاية
الدلالة وظن الارادة فانه لا يكون قادحا في الجواز جزما فما يظهر من المحقق الثاني والفاضل
الشارح وغيرهما تبعا لما ينسب الى التذكرة اظهر من ان احتمال الخصوصية قادح في الجواز وان المدار
على العلم بانتفاء الغرض من غير فرق بين سائر القيود وغيره ان الاحتمال الغير المعتد به في نظر العرف
والعادة غير ملتفت اليه ولا قادح في الدلالة ظاهرا ضمير لمنع الوكيل من اجله ولعل ما في التذكرة مبني
على ما ذكرنا الا انه قال ولو قال عين مكانا من سوق ونحوه فان كان له في ذلك المكان غرض صحيح بان
كان الراغبون فيه اكثر والنقد فيه اجود والمتعاملون فيه اسمح لم يجز له البيع في غيره وان لم يكن
له غرض فالاقرب جواز بيعه في غيره لان التعيين في مثل ذلك يقع اتفاقا ولا باعث عليه الا الغرض
العرض المقصود تحصيل الثمن فاذا حصل في غيره جاز وهو احد وجهي الشافعية والثاني
لا يجوز التعدي لجواز ان يكون له غرض لا يطلع عليه وهو غير محل النزاع لانا نفرض الكلام
فيما لو انتفى الغرض بالكلية اما لو جوزنا حصول غرض صحيح فانه لا يجوز له التعدي انتهى
فانه بملاحظة اوله واخره يدل على ان مراده من عدم تجويز الغرض المانع من التعدي هو ما
كان احتمالا معتدا به في نظر العرف والعادة كما لو كان السوق معروفا بما ذكر من الخواص
فانه بملاحظتها احتمالا من المحتمل التعيين كان في المنع من التعدي لانتفاء الدلالة العرفية
به وعدم معلومية ارادة غيره اخص عرفا وعادة اما لو لم يكن معروفا بذلك فان الغالب من التقييد
به انتفاء الغرض ووقوعه على جهة الاتفاق لكونه محلا للبيع غالبا كما ذكرناه فقد ظهر من
ذلك انه لا نزاع في المنع من التعدي لقيام الاحتمال المعتد به عرفا وعادة في ارادة الغرض الصحيح
من التعيين ولا في جواز التعدي لسقوط الاحتمال المذكور عرفا وعادة بحيث يكون التعدي
مدلولا عليه بالدلالة العرفية فان اراد الفاضلان المشار اليهما من اشتراط التعدي بالعلم
بانتفاء الغرض العلم الجاري على وفق العرف والعادة الذي لا يقدح فيه الاحتمال النادر
لعدم الاعتداد به عند الجميع ولا نزاع وان اراد العلم بمراد

الموكل

الموكل والاطلاع على ما في ضميره في نفس الامر بحيث يقدح فيه الاحتمال الشاذ الغير المعتد به عادة
فهو صحيح المنع ولكونه المدار في الجواز وعدمه على ما يفهم من لفظه نطقا او عرفا وعادة وما لا يفهم
وكيف كان فلو خالف الوكيل ما عينه له من المبيع عينا وثمنا ولو في محل الجواز كتعيين السوق في
حيث ينقل المتاع الى غيره تحقق التعدي لان الموجب للضمان كما صرح به جماعة من الاصحاب واحتمل
بعض المتأخرين من عبارات صحة المعاملة مع الضمان لا يجتمعان لان المناط في الصحة الاذن المفهوم
من العادة فان حصل فلا ضمان والا فلا صحة وفيه ان مفاد الاذن المحرز انما هو نفس
المعاملة لا نقلها بما لا بنقل المتاع الى محل اخر ولا ملازمة بين رضاه بالبيع في اي محل كان وبين
الرضا بنقله الى غيره فتعين له من الضمان كما هو غير خفي على المتأمل قوله ويثبت الوكالة بعدلين
المراد ثبوتها عند الحاكم فيما لو اتاه غير الموكل او غيره فيها لا ثبوتها عند الوكيل حتى لا يجوز له التصرف
الا بشهادة عدلين بل الظاهر الاكتفاء بخبر العدل في ثبوت الوكالة عنده كثبوتها بنفس
الموكل وكتابته مع الاطمئنان بصحتها ولذا ادعى في التذكرة الاجماع على عدم ثبوتها بالشاهد الواحد
وجزمه فالعلم بعدم ثبوتها بذلك عند الحاكم وكذا الاتيان بثبوتها في حق الغير حتى لا يقبل اقراره
ونحوه من يد الوكيل بدعوى الوكالة الا مع البينة فان الظاهر تصديق الوكيل ونفوذ تصرفاته ظاهرا
بمجرد دعوى الوكالة وانه لم تقم بينة على التوكيل لاصالة الصحة في قوله وفعله ولزوم العسر والحرج
في توقف تصرفاته وصحتها على اقامة البينة على الوكالة سيما في البلدان البعيدة التي يتعذر اقامة
البينة فيها وللسيرة المستمرة على الشراء من ايدي الوكلاء او القبض من ايديهم في الهدايا وغيرها من
ثبوت الا انه لا يلزم ذلك في حق الموكل فلو انكر الوكالة ضمن القابض ما قبض وبعضهم من اقتصار اهل
على ثبوتها بعدلين عدم ثبوتها بغيرهما مطلقا ولو بالاستفاضة الى ان البالغة حد العلم في الكفاية اشكال
في ثبوتها بالاستفاضة البالغة حد العلم وهو في غير محله اذ بعد العلم لا اشكال وعن مجمع البرهان
الاكتفاء بالعلم وما يقرب منه بحث الا ان الاكتفاء احتمال الذمي بان في العلم وهي جعل الاعتبار
العلم العادي وهو ما لا اشكال فيه ايضا واما الاستفاضة المفيدة للظن ولو متاخما للعلم فلا دليل على

الاكتفاء بهما هنا والاصل عدم الثبوت قوله ولا تقبل فيهما شهادة النساء منفردات ولا منضمات ولا تثبت
بهما بشاهد ويمين اما عدم قبول شهادة النساء منفردات فمما لا خلاف فيه ولا اشكال لما سلف في ما به
من اختصاصها بما يعسر اطلاع الرجال عليها كالوصية والرضاع في وجه واما عدم ثبوتهما بالنساء
منضمات ولا بالشاهد واليمين فقد نفى الخلاف عنه جماعة وادعى في التذكرة الاجماع عليه لكن ظاهر
من الشرائع التوقف في الحكم حيث نسبه الى قول مشهور وكذا حكى السيد الاستاد في مفتاح الكرامة
عن كاشف اللثام انه حكى عن الشيخ في ط انه يثبت بقول شاهد وامرأتين في الطلاق …
الخلع والوكالة والوصية والنسب … الاهلة … عن الشيخ … المصدوق والمفيد وقد جعل
في مفتاح الكرامة المسألة لذلك خلافية وانه مر في الشرائع من نسبته الى قول مشهور اشارة
اليه الا انما احتمله في المسالك من التوقف في عموم الحكم بحيث يشمل الوكالة بجعل …
يستند … في قبول ذلك في الوكالة وغيرها الصحيح ابن مسلم فقيه لو كان الامر الينا لاجزنا شهادة
الرجل اذا علم منه خير مع يمين الخصم الى حقوق الناس لتناول الحقوق والوكالة وغيرها فلذلك ما
حكاه في كشف اللثام عن ط من تجويز قبول الامرأتين مع الرجل عن صحيح في شموله للوكالة وما
حكاه عن غيره من المذكورين في شاهد لم يساعده الحقوق المالية مع ان النظر لا يعد … فلا
ذلك في نفي الخلاف عن عدم ثبوت الوكالة بذلك من المحقق الثاني والفاضل الشارح والاصفهاني
ودعوى العلامة الاجماع عليه سيما بعد ما عرفت في محله من ان الضابط عند الاصحاب في متعلق
شهادة الرجل والمرأتين والشاهد واليمين هو المال او ما كان المقصود منه المال واختلافهم
في بعض الافراد من نكاح او خلع … انما هو في اندراج ذلك تحت الضابط وعدمه او …
الخصوص فيه والوكالة ليس … في الضابط المذكور … حيث لا يكون … ولا …
ولا دليل بالخصوص على قبول شهادة المرأتين مع الرجل فيها والاستناد الى صحيح ابن مسلم المذكور …
لوروده في الشاهد واليمين الذي لا خلاف على الظ في اختصاصه بما يتعلق بالحقوق المالية بل ادعى
الاجماع جماعة على اختصاصه كما تقدم فلا مناص عن تخصيص حقوق الناس فيه بالحقوق المالية مع

ان الحكم

٢٢٥

ان الحكم بذلك في الشاهد واليمين لا يستلزم الحكم به في الشاهد والمرأتين كما هو محل البحث لعدم الدليل
على اتحادهما ومتعلقهما وان كان الظ اتحاده بناء على اتحاد متعلقهما بالاموال كما مر ثم احتمال
… التوقف في الوكالة المتضمنة لجعل حكما لتضمنها المال سيما بعد العمل فانه لا غرض للمدعي بها
سوى المال فيقوى احتمال ثبوتها وثبوت المال بالنساء المنضمات وبالشاهد واليمين كما قيل به
في الخلع لا ثبوت المال وحده دونها كما يظهر من المحقق الثاني والفاضل الشارح نظرا الى ذلك في ما
السرقة التي حكموا بثبوت المال فيها بالشاهد واليمين دون القطع لعدم ثبوت السرقة بذلك الفرق
الظ بين الموضعين فان دعوى السرقة متضمن دعوى اخذ المال وكونه بطريق السرقة فلا منافاة بين
ثبوت المال ببينة وعدم ثبوت السرقة الموجبة للقطع بخلاف جعل الوكالة فان ثبوته فرع ثبوت الوكالة
فلذا لو اعترف بعدم الوكالة لم يثبت له جعل اصلا وتسقط دعواه فيه بخلاف ما لو اعترف بعدم السرقة
والاخذ خفية وادعى اخذه منه غصبا فانه يستحق المطالبة بالمال الماخوذ منه ولا يكون بذلك مكذبا
لدعواه بالمال وانما كذب دعوى السرقة خاصة وح فلو اقام ما لا يثبت به الوكالة لم يثبت جعلها
ولا وجه للحكم بثبوت الجعل دونها للمنافاة الظاهرة بين ثبوته وعدم ثبوتها وكونه من تفكيك الحجة
والبينة القائمة على الدعوى المتحدة … ويشهد لما ذكرناه ما في الدروس حيث قال ولو اشتمل الحق
على حق الله … كالسرقة ثبت بذلك المال دون القطع … ولو شهد رجل وامرأتان بالنكاح
ثبت دون العقد وفيه بعد … بخلاف السرقة قلت ويؤكده ما يظهر من اتفاقهم على عدم التبعيض
في الخلع لو ادعاه الزوج فاقام شاهدا وامرأتين بل الاشهر عدم ثبوته بذلك من حيث تضمنه البينونة
والجد لا تتبعض وقيل بثبوته من حيث تضمنه المال فيثبت وتثبت البينونة لذلك ولم نقف على قائل
بثبوت المال دون البينونة فما في الحدائق من انكاره على الجماعة دعوى التبعيض فانه لا ان ثبوت الجعل
والمال دون الوكالة والسرقة لا ينطبق على القواعد والاصول بل هو مما تنكره بديهة العقول
في محله لولا ما فيه من الفضول سيما بجعل السرقة نظير الوكالة فان التفكيك في السرقة متجه كما
اشرنا اليه وكذا عن السرقة نحو القتل الذي حكم جماعة في شهادة النساء منه بثبوت الدية دون

القصاص نظرا الى ان الثابت … القتل العمد الموجب القصاص فيلزم الدية التي يثبت موجبها بشهادة
النساء وهكذا في كل ما انحل المدعى الى دعويين ولا يلزم من تكذيب احدهما تكذيب الاخرى فانه
لا مانع من ثبوت احدهما دون الاخرى بخلاف جعل الخلع والوكالة فان التفكيك والانفكاك فيهما
غير معقول وبما بينا لذلك مزيد توضيح في غير مقام والله الهادي الى الصواب والعالم بحقائق الاحكام
قوله ولا يصدق الغريم اذا ادعى الوكالة على غريمه بقبض ما بيده من عين او ما في ذمته من دين
فصدقه الغريم ومعناه انه لم يثبت الوكالة بمعنى انه لا يترتب جميع احكامها على التصديق …
بل الاقرار والانكار سواء في عدم ثبوت الوكالة في حق الموكل لكونه اقرارا في حق الغير فلو دفع اليه
مال الموكل كان ضامنا له لو انكر التوكيل ولا يلزمه الحاكم بدفع المال الى مدعي الوكالة وان صدقه
عينا كان او دينا بلا خلاف في العين لكونه تصرفا في مال الغير من غير ثبوت اذن منه بذلك وان جاز
التصرف للغريم بالدفع من حيث علمه بالوكالة مع ضمانه العين للمالك لو انكر ولا يتصدى الحاكم من
دفعها اذ لا منازع غيرهما والمالك على حجته وعن الاردبيلي التوقف في عدم وجوب التسليم لو صدقه
قائلا بانه لو تم لم يجز الدفع والملازمة ممنوعة فان جواز الدفع لعلمه بالوكالة لا يثبت جوازه
عند الحاكم فضلا لعدم علمه بالوكالة وعدم ثبوتها عنده فيمتنع لذلك امره بتسليم مال الغير
التصرف فيه نعم جواز الدفع من الغريم ربما اوجب عليه الدفع مع الطلب … ولا يقتضي
الزام الحاكم له بالدفع ولا اجباره الا على جهة العرض … اما لو كان دينا فقد تردد في
الشرائع والقواعد في امره بالتسليم بل عن الشيخ في ط وصاحب الجامع والعلامة في الارشاد
وولده في شرحه عدم الفرق بين العين والدين في انه لا يؤمر بالتسليم نظرا الى ان التسليم انما يكون
عن الموكل ولا ينفذ اقرار الغريم عليه باستحقاق غيره القبض عنه حقه ولان التسليم انما يؤمر به
اذا كان مبرئا للذمة ومسقطا للضمان ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليم ما عليه
حتى يشهد عليه ولا يسقط الضمان هنا بالتسليم لو انكر المالك وضعف الاول ظ فان الامر بتسليم
المال عن الموكل بعد … الغريم لا يتوقف على نفوذ اقرار الغريم على الموكل بل الموكل على حجته وانما

٢٢٦

وجب لنفوذ اقرار الغريم على نفسه باستحقاقه الدفع عليه لان المال قبل وصوله الى يد الموكل مال
الغريم فلا مانع من الامر … من التصرف في مال الغير كما في
العين فهو نظير ما لو ادعى احالة الغائب عليه فصدقه فانه يلزمه الدفع اليه وان كان الغائب على
حجته وان احتمال … عدم الوجوب الا انه لا يشتهر في ضعفه ولا فرق بين الحوالة والوكالة في
ذلك من حيث ان الاقرار المدعي الحوالة انما يستحقه في ذمته والاقرار للمدعي الوكالة انما يستحق
بدفعه عليه وهذا القدر لا يكفي في الفرق بين المسألتين في نفوذ الاقرار وعدمه واما الثاني
ففيه المنع من اختصاص الامر بالدفع بالمبرئ للذمة على وجه يدفع الضمان اذ لا دليل عليه بل الادلة
قائمة على حرمة المنع والحيلولة بين الحق ومستحقه مع ان التعارض بقاعدة لا ضرر …
فيما ذكروه من جواز امتناع من عليه الحق من التسليم الى المالك حتى يشهد وما ذكروه من جواز …
الوصي من وفاء ما يعلمه من دين الميت فان جاز له الوفاء خوفا من تضمين الورثة له الا ان هذا خروج
عن محل البحث … الغريم لحسن ظنه بالموكل مع ان الضرر والاضرار …
منفيان بالشرع … فكما انه يحصل الدفع ضررا على الغريم لخوفه من تضمين المالك فكذا تأخير الدفع
لحصول الموكل او حصول البينة اضرار في حق المالك والحيلولة … بين الحق ومستحقه ولا
يشبه ما نحن فيه فان من عليه الحق الى ان يشهد على دفعه فان التأخير هذا القدر عادة
مما لا ضرر فيه ولا اضرار ولو فرض تعذر الاشهاد على وجه يلزم من امتناع من عليه الحق
اضرار المالك بالتأخير حرم الامتناع ايضا ووجبت المبادرة الى وصول الحق الى مستحقه كما لا يشبه
ما نحن فيه امتناع الوصي من دفع ما يعلمه من الدين فانه لا يؤمر بالتسليم من حيث ان ما بيده مال
الغير اما الوارث او الميت ولم يثبت الدين عند الحاكم باقرار الوصي حتى يلزمه بالدفع لكونه اقرارا
في حق الغير والزاما للغير بدفع ماله ومن لم يثبت تعلقه بالمال اصلا فلذا ذهب الحلي وجماعة
من المتاخرين كالمحقق الثاني والفاضل الشارح وغيرهما الى ان الحق اذا كان دينا وجب
التسليم الى من صدقه في دعوى الوكالة والزمه الحاكم بذلك وهو متجه لان اقراره بالوكالة …

احوالها مما تكثر بتوكيل المالك ونساقط الوكيل على قبض مما لو لزوم دفع ما عليه الى الوكيل ولا ينفذ اقراره
في الاولين لكونه اقرارا في حق الغير اما الثالث فلا مانع من نفوذه لكونه اقرارا في حق نفسه حاصره انه
المال قبل قبض الوكيل مال الغريم وان يختص للدين فينفذ اقراره لعدم المعارض من لزوم التصرف في مال
الغير بلا وجه ولو كان الحق عينا كما عرفت وحينئذ فاذا قبضه الوكيل فان اقر الموكل بالتوكيل او اجاز القبض فلا
اشكال وان انكر التوكيل ولم يجز فليس له الرجوع الا على الغريم فاذا رجع عليه وغرمه رجع بما دفعه الى
الغريم مع بقاء عينه او تلفه بتفريط من الوكيل مطالبته وفي اصح قولية مطالبة الوكيل بجريرة مطالبة الموكل
له قبل الدفع اليه وجه وان كان الاظهر عدم الاستحقاق ولو تلف ما بيده من غير تفريط لم يرجع الغريم
عليه بشيء اصلا لاعترافه بان ما بيده هو مال الموكل وانه مظلوم بما قبضه منه فلا يرجع على
غيره ولو كان الحق عينا فدفعها الغريم لمدعي الوكالة تخير المالك مع الانكار في مطالبة من شاء منهما
بردها ان وجدت وبعد التلف ما لم يرجع على الغريم طالب الوكيل باحضارها حيث لا ضرر على الوكيل
بذلك اما لو كان في طروق لو ضعفها العين وكان في بلاد نائية ويتوقف احضارها على مؤنة فيتسلط
على المطالبة بالاحضار مع اعترافه بانه بيد المالك موضع تأمل وان تعذر ردها بتلف ونحوه
تخير في الرجوع على من شاء منهما ولا يرجع احدهما على الاخر لو رجع عليه الا اذا رجع على الغريم وكان
تلف العين بتفريط من الوكيل فله تغ قوله والوكيل امين لا يضمن الا بالتفريط او التعدي لا خلاف
بينهم في ان الوكيل امين وان يده يد امانة لا يضمن الا بالتعدي او التفريط كما صرح به في الخلاف
عند قوله والمراد على ما حكي وظاهرهما نفيه بين المسلمين بل في الروضة والمسالك انه موضع
وفاق واطلاق الاجماع ونفي الخلاف متناول لما اذا كانت الوكالة بجعل وبدونه وبه صرح جماعة
من الاصحاب فلو تعدى او فرط ضمن ولا يخرج بذلك عن الوكالة والاذن في التصرف فلو تصرف فيما فيه
بيع ونحوه لم يلحق الضمان بالعين ويزول الضمان عن المبيع ببيعه وتسليمه وفي زواله بمجرد بيعه
وجهان ولو عاد المبيع اليه بفسخ ونحوه عاد الضمان قوله ويجب عليه تسليم ما في يده الى الموكل
اذا طولب به فلو اخر مع الامكان ضمن لا خلاف في وجوب التسليم بالمطالبة ولزوم المبادرة اليه
في اول

٢٢٧ بل ادنى مراتب الامكان فلو اخر لا لعذر ضمن كما صرح به في العلم بالخلاف عند في التذكرة بل في الشرائع جعل
قطعا وهو يعني الاجماع الذي صرح به بعض من تأخر ولا اشكال في الضمان مع الامكان لا قطع الاذن
بالمطالبة وصيرورته ما بيده بذلك من الامانات الشرعية او بحكمها في وجوب المبادرة الى ايصالها
كما مر في الوديعة كما لا اشكال في عدم الضمان مع عدم الامكان عقلا او شرعا كما لو كان متلبسا بصلاة
واجبة او مخالفا لها مع تضيق وقتها لا مع سعتها ويحرم قطعها اما مع عدم الامكان عرفا وعادة كما
لو كان متلبسا بفعل ما كل او على حاجته بزيد قضائها او في الحمام او حال نزول المطر ونحو ذلك فقد
اضطربت فيه كلمات الاصحاب فظاهر بعضهم الجزم بكونه من الاعذار المسوغة للتأخير ومنهم من خص
الامكان العذر بالعقلي والشرعي دون العرفي ولعله ظاهر المتن فان المتبادر من الامكان عدم الامتناع
عقلا او شرعا ولا يخرج الفعل عن الامكان بوجود تلك الاحوال التي تعد في العرف والعادة من الاعذار
وربما جزم بعضهم بعدها اعذارا في المقام وتأمل في الوديعة كالعلامة في التذكرة مع ان الحال بمقتضى
العكس كما قاله الفاضل الشارح ولعل المعتبر في كل مقبوض او متعلق في الذمة بالاذن من المالك
او من الشارع علم المنافية بتأخيره مع وجود ما اشير اليه من الاعذار العرفية واصالة البراءة
من وجوب ازيد من ذلك في المبادرة والفورية في الواجب في امثال ما دار المدار على صدق عدم
التهاون عرفا وعادة اذ لا اجماع الا على ذلك ولا دليل على غيره ولا استصحاب عدم الضمان
في الامانة الا مع التعدي او التفريط ولا تفريط بالتأخير مع حصول تلك بعض الاعذار المذكورة
اذ لا يعد المتلف معها مفرطا في نادر الامانة ورد ها الى اهلها كما اوضحنا ذلك في الوديعة
فليلحظ قوله ولو امتنع من التسليم حتى يشهد وكذا الحكم من عليه حق وان كان وديعة
الحكم ما صرح به اكثر المتأخرين وفي الكفاية نسبته الى الاشهر وعرفت ان المطالب بالتسليم ان كان يقبل
قوله في الرد لم يضمن بالتأخير والا ضمن فله التأخير الى الاشهاد عليه وعن يحيى بن سعيد
سوا فصله في التفصيل المذكور مع زيادة التفصيل بان الحق اذا لم يكن مشهودا عليه فليس له
الامتناع والا فله التأخير الى ان يشهد وفي التحرير بعد ما نقل الاكثر قال ولو قيل انه اذا لم يوجد الاشهاد

٢٢٨ اليه رجع من المتأخرين عنه والاقوى ما عليه المشهور في الموضعين اما عدم ضمان وكيل الايداع بترك
الاشهاد فللاصل وامتثال ما امر به وعدم صدق التفريط عرفا وعادة بترك الاشهاد في الوديعة
المبنية على الاخفاء ولكون الدفع على امين الموكل المصدق بدعوى التلف والرد فلا فائدة في الاشهاد
الا في خوف الجحود ونحوه الاذن المسوغ في رد الوديعة الى وكيله واما ضمان الوكيل في قضاء الدين
مع ان فائدة الدفع الى امره لم يأتمنه الموكل ولا يقبل قول الوكيل فيحضر والامر بالدفع وان كان
لكن يقيد بحال المعروف فان غرضه من التوكيل الوفاء عليه والفراغ ذمته ورفع مطالبة الديان فالاذن
على الوكيل اعتمادا ذلك يقيد بالامكان فلا اشهاد على الدفع محصلا لغرض الموكل فلا اعتداد معتبر
معرفا عرفا وعادة صدق فيه الموكل على الدفع او لا فانه لو فرضه لا يدفع تفريطه بترك الاشهاد ثم لو دفع
بحضور الموكل ولم يشهد كان التفريط من الموكل دون الوكيل ولو شهد وفات الاحوال على ما اختير
الموكل من الاشهاد وعلم ارادته لعلمه المدعوع وفاء لعرضه ونحوه او للاعتماد على امانة القابض
وضبطه وعدم جحوده لم يجب الاشهاد عليه كما العمل المسرح في سائر الاعضاء لكنه خروج عن محل البحث
فان الكلام مع الاطلاق والتجرد من القرائن المقيدة لارادة الاشهاد وجودا او عدما والظاهر انه ضامن عليه
المشهور للمعروف ومنه يظهر ضعف الاستناد في ترك الاشهاد مطلقا الى الاطلاق فوحدت فصد في الوكيل
فيما وكل فيه وعدم دخول الاشهاد في حقوق الوكالة واستمرار العمل على ترك الاشهاد وحيث يجب
الاشهاد فالمدار على حصول برئ دفع الضمان وان تعدد الانتفاع بالشهود ولو اثم او تخلفوا تبعتهم
وحوذ لك في الاكتفاء بقول الوكيل اشهدت على الدفع في دفع الضمان عنه وجهان لما ظهرهما الا
بومع بمينه لوجوب تصديق الوكيل فيما وكل فيه وفي اعتبار عدالة الشهود وعدم الاكتفاء بالعدل الواحد
لثبوت الحق به مع يمين الوكيل وجهان اظهرهما الاكتفاء بالواحد قوله ويجوز للوكيل تولي طرفي
العقد باذن الموكل اي يجوز للوكيل في البيع ان يبيع مال الموكل من نفسه وفي الشراء ان يشتري من مال
نفسه للموكل وكذا الوكيل في النكاح والنكاح وسائر العقود الا انه مشروط باذن الموكل فلو
اذن بذلك بطل اما جوازه بالاذن فهو المعروف بين الاصحاب بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه لوجود المقتضي

الناخير الحق فانه ادعى الرد الى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قول الدافع مع اليمين ويظهر من الحكي
عن المقدس الاردبيلي التوقف في اصل الحكم فانه قال بان في فتح هذا الباب اشكالا اذ قد يتعذر وجود عدول
مقبولين فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر والتغرير صاحب المال عن ماله الذي يدل العقل والنقل على
منعه وهو مما ذكر في محله لعدم ما يدل على ان الاشهاد على الرد من الاعذار المسوغة للتأخير
فيه ولا اجماع سيما على ما يقتضيه اطلاق العبارات من جواز التأخير مع تعذر الاشهاد ولو الى سنة
او اكثر كما هو صريح بعضهم فان ضرر الضرر الذي لا يتحمل عادة بالحيلولة بين المالك والانتفاع بماله ربما
هو اعظم من الضرر الذي جعلوه مستند الجواز التأخير بسبب ترك الاشهاد وهو خوف التغريم ودفع
كلفة اليمين بل الغالب عدم التضرر بغير الحلف حق فيما لا يقبل فيه قوله في دعوى الرد لامكان جحوده
بنفي الاستحقاق وشغل الذمة فلا يلزم مع علم البينة سوى اليمين وقبلها لا تعد ضررا شرعا وعادة
وان كان الاولى التورع عنها ولعل هذا منشأ ما سمعته عن يحيى بن سعيد من التفصيل مع ان
خوف جحود المسلم الرد عليه مع اصالة الصحة في افعاله واستبعاد ذلك بالنسبة الى بعض الافراد
بعيد بمجرده ضررا يسوغ الحيلولة بين المال ومالكه سيما وان الاشهاد ربما لا يدفع هذا الخوف لاحتمال
موتهم او فسقهم او تعذر حضورهم عند الحاكم ونحو ذلك فالحق ان التأخير للاشهاد وان كان بحيث
يتأتى المبادرة دونه العرفية والاضرار على المالك كما في الرد في التحريم والاثم قوله والوكيل في الوديعة
لا يجب عليه الاشهاد بخلاف الوكيل في قضاء الدين وتسليم المبيع ولو لم يشهد ضمن فلا فرق الاصحاب بين
الوكالة على الايداع والتوكيل على قضاء الدين ونحوه فاوجبوا الاشهاد على الوكيل في الثاني دون
الاول حتى لو ترك الاشهاد على الدفع وانكر الغريم ضمن الوكيل صدقه الموكل على الدفع او لا الا ان يكون
بحضور الموكل فلا ضمان على الوكيل كما صرح به جماعة ولم نقف على منع في عدم وجوب الاشهاد في
الاول من العلامة في التذكرة فاستشكله هنا لكنه في الوديعة جزم بعدم الوجوب وللعلامة الاشهاد
في الثاني الا من الفاضل في الشرائع والقواعد حيث تردد في الحكم بالضمان في الثاني بل المحكي عن الميل والقول
بعدمه كثير لكن ظاهر ذلك مع تصديق الموكل بالدفع وعن جمع الجزم بعدم الضمان كما جزم
البه

واستثناء الماتن عدا ما يتخيل من امتناع اتحاد الموجب والقابل في العقد ولحوق التهمة بعد ذلك لما كان في البيع ونحوه ولزوم بقاء العقد البيع على الجواز لامتناع التفرق الموجب والقابل للزوم والاول والاخير منه نظام ما بنته لا بنعين ضرائحي قبر اتحاد الموجب والقابل وان كان الحق جوازه ايضا كما مرّ في البيع بل يمكن هنا وحين النقد دعاوه بوكل غيره بالايجاب والقبول او بها معا او التهمة ظاهرا منتفية لاذن المالك مع عدم ثبوت علتيها في المنع واما عدم الجواز مع الاطلاق وعدم الاذن بعنقه معهوم العبارة فظاهره وان كان مشهورا بين الاصحاب الا انه لا دليل عليه سوى النقوض التي قد سلف في البيع التنبيه عليها واستضعاده والتهاعل الكراهة لشهادة بعضها عليها كما وقع الخلاف مع عدم الاذن ثم لم الوكيل لنفسه اما لغيره بان يكون وكيلا لها فلا اشكال الا على القول بمنع كونه موجبا قابلا وذلك لا يجري فيه بين اذن الموكل وعدمه كذا قال في الروضة لكن المستفاد من جملة من العبارات التاطقة بانه لا يتولى الواحد طرفي العقد عدم الفرق في المنع بين تولية لنفسه ولغيره او لغيره بعموم المنع من مباشرة الصيغة ايجابا وقبولا لان ذلك خلاف المعروف من ملاحظتهم لاكتفائهم في تحقق الاثنينية المعتبرة في الايجاب والقبول بالمغايرة الاعتبارية كما سلف في البيع بل المراد ان الواحد لا يصلح ان يكون نائبا في البيع والشراء ولا اصيلا ونائبا فيهما لما علّلوه من ان البيع والشراء مبني على المماكسة فيمتنع تحققها من واحد كالخصومة التي لا تمنع توكيل الواحد فيها عن المتخاصمين لتضاد الغرضين وان شرط اللزوم التفرق وهو لا يحصل الا بين الشخصين وان كان الحق جوازه ذلك ايضا لامكان بذل الجهد والسعي من الجانبين على النهج المتعارف ولذا جاز تولية ذلك للاب والجد من غير خلاف فكما سبق تحقيقه في باب البيع فليلحظ قوله ولو اختلفا في اصل الوكالة حلف المنكر لا فرق بين كون المنكر هو الموكل او الوكيل لاصالة عدم الوكالة فيقبل قول المنكر لها بيمينه من حيث لا بينة لعموم البينة على من ادعى واليمين على من انكر ومصير دعوى الموكل فيما اذا كان الوكالة مشروطة لامر لابتلاء حين النزاع كاشتراط توكيله في بيع عبده في وقت معين فنفوت الوقت او بموت العبد فيدعي الموكل التوكيل في ذلك لاستقرار العقد المشروط عليه ومنكر الوكيل لئلا يتسلط

عل

علي الفسخ ودونما وقع من فضوله ايضا بما اذا اشترى الوكيل شيئا فادعى الموكل شرائه لنفسه وجحد الوكيل الوكالة وبينه انه لا فائدة في انكار الوكالة هنا لعدم حصول في ان الشراء لغير الموكل وان اعترف باصل الوكالة وفي حكم الاختلاف في اصل الوكالة الاختلاف فيها في صفة التوكيل بعد التصرف ولذا اتفقا على اصل العقد بان يدعي الوكالة في بيع العبد او بالف او نسيئة ونحو ذلك فينكر المالك ويدعي التوكيل ببيع الجارية مثلا لغيره وبالنقد فيقدم قول الموكل بيمينه لاصالة عدم الاذن فيما يدعيه الوكيل وعدم خروج المال عن ملكه وعدم خروجه عن يده ولان ذلك فعل الموكل وهو اعرف به ويتوجه لانكار اصل الوكالة فيما بعد الوكيل الا ادعى ان الجناية على الوكيل حتى بعدم قوله لامانته كما توهم قوله ولو اختلفا في الرد حلف الموكل وقيل يحلف الوكيل الا ان يكون بجعل اما الوكيل بجعل فالظاهر عدم الاختلاف في عدم سماع دعواه الرد الا بالبينة بل في مفتاح الكرامة الاجماع على عدم قبول قوله في الرد حلافا ما نسبه الى بعض من غير معارض سوى كونه امينا وهو لا يستلزم تصديقه في الرد لعدم المنافاة ولان قبضه لمصلحة نفسه ولو بانضمام مصلحة المالك فلا يقبل قوله في الرد كما في العاديه والقضاء وغيرهما الاجارة واما الوكيل بغير جعل فالقول بتصديقه في دعوى الرد بيمينه مشهور بين الاصحاب كما في الشرائع وحكي الشهرة عليه جمع من المتأخرين ونسبه الصنف في غاية المراد الى الشيخ والاتباع بل ظاهر المحكي عن المهذب البارع او صريحه الاجماع حيث قال الامامية على تكثر اقسام الاول من يقبل قوله في الرد اجماعا وهو ما يطرأ من قبض العين لنفع المالك فهو محسن محض فيقبل قوله في رده جاحدا من مقابلته الا ما لا ستاذه واستشكل العلامة منه من حيث ان الاصل عدم الرد وجزم في كتابه بقوله بموافقه الاصحاب انتهى لكن لم نقف على دليل صالح لقبول قوله في الرد سوى كونه محسنا وكونه امينا كالودعي بل ما دل على قبول قوله في الرد سوى محسنا وكونه من الاجماع وكونه امينا ومحسنا مع نفي السبيل عنه والثاني كما عن المتنع الاعتماد في الوكيل بعد مصير الحلي والمحقق في الشرائع والعلامة في الارشاد والمختلف وولده في الايضاح والفاضل الشارح وكثير من المتأخرين الى تقديم قول الموكل واما الامانة فانها لا يستلزم قبول دعوى الرد ولذا لا يقبل ذلك من سائر الامناء عدا الودعي لمكان الاجماع وان احتمل فيه عدم القبول

ايضا ولانه مدخلية لكون القبض لمصلحة الامين او المالك في ذلك اذ لا دليل على التفرقة بين المصلحتين مع ان المناط بزعم المستدل هو الامانة وهي متحققة في الجميع والتعويل في قبول الرد الى الاخبار الناهية عن اتهام الامين قد عرفت فيما سبق الى انها بمعزل عن الوكالة عليه فان انكار المالك له دفع العين اليه لا يعد من الاتهام شرعا وعرفا لان الرد انما يتحقق بينهما والفرض قطع الموكل بعدم وصوله فلا يصدق الاتهام في مثله عرفا وعادة وانما يصدق الاتهام في مثل انكار التلف والتعدي والتفريط ونحو ذلك ولذا لم يستند الاصحاب اليها في المقام وما يحكى عن بعضهم من ان استنادهم هنا الى ان الامين امانته استنادا اليها بعيد جدا لخلو كلماتهم من التعرض لها اصلا والاعتماد على الاشارة اليها بكونه امينا مستبعد لظهوره في ارادة امانته عن غير الامين كالغاصب والسارق لا ارادة استقلال الامانة بالتصديق في دعوى الرد له لا لان الاخبار المذكورة على ذلك كما لا يخفى ولذا اتفقوا على عدم تصديق الوكيل بالجعل مع اتحادهما في وصف الامانة وشمول الاخبار المذكورة له لو وضح دلالتها على تصديقه بالرد اذ ليس فيها ما يدل على الفرق بين ما قبض لمصلحة المالك خاصة وما قبض لمصلحة نفسه ايضا بل ربما قيل ان المقبوض بالجعل امانة محضة ايضا لان محل الجعل متعلق بالمال كالرهن ومال المضاربة بل هو لازم الموكل فيكون قبضه قبض امانة محضة وان كان فيه ما فيه والفرق ان الفائدة بين المقبوضات ان كان هو الاجماع فينبغي الاقتصار عليه على مورده وان كان غيره فلم يتحقق في سائر الامانات بل مقتضى الاصل عدم القبول الا فيما انعقد الاجماع عليه فيه على القبول كما في خاصة والاستناد الى الاحسان ونفي السبيل عن المحسن في احسانه من نحو قبضه للحفظ وعدم تضمينه بوضع اليد عليه فانما هو بالاثار فيه ونحو ذلك لا في تكليفه بالبينة على الرد في مقام الجزم بعد مرور الملقا لاجة التكليف باليمين من السبيل مع انه اشد من التكليف بالبينة ودعوى ان سبيل اليمين خارج بالاجماع فينبغي انما علاه مندرج في العموم كما ذكر قوله وفي التلف حلف الوكيل لا خلاف في قبول قول الوكيل بيمينه في دعوى تلف المال او تعيب المعيوض بلا اذن الموكل بل من ط والسرائر كما في المسالك الاجماع على قبوله وظاهرهم عدم الفرق بين الوكيل بجعل وغيره ولا بين دعواه التلف بامر

ظاهر

ظاهر او خفي مع ان الشيخ في كلامه يقبل قول الودعي لو ادعى التلف بامر ظاهر الا بالبينة والاصل في ذلك بعد الاجماع ونفي السبيل عن المحسنين وتعذر اقامة البينة غالبا على التلف وانه لولا ذلك لامتنع الامناء عن قبول الامانات وما سبقت الاشارة اليه من الاخبار الناهية عن اتهام الامين فان مقتضاه تصديقه وعدم تكليفه حتى باليمين ولذا ذهب كثير من الاصحاب الى قبول قول الودعي من غير يمين الا انه لا خلاف في ثبوتها هنا لو لم تكن بينة فاظهر من المحكي عن المقتدى للاردبيلي من التامل في تصديق الوكيل بلا عوض التلف سيما اذا كان بجعل لرفع عن محله بل الظاهر تصديقه بدعوى التلف وان صار ضامنا بتعد او تفريط لما سيأتي في الغاصب من سماع دعواه تلف العين والا لادى الى تخليده الحبس لتعذر اقامة البينة مع ان الغاصب يكلف باشق الاحوال نعم لو طولب بالعين وفي عدم ردها فادعى تلفها قبل او الوعد بالرد لم تقبل دعواه ولو مع البينة على الاقوى لانه يقول الاول ومكذب له دعواه وبينه وعن الشيخ في ط سماع دعواه بالبينة واستشكله في القواعد قوله وكذا في التفريط وكذا ان اتهم اي يحلف الوكيل لانه منكر لموافقة قوله لاصالة عدم التفريط وعدم زيادة القيمة والمراد من التفريط ما يعم التعدي ومن القيمة قيمة التالف على تقدير ثبوت الضمان ويدل على ان القول قوله في عدم التفريط مضافا الى ما عرفته ما ورد من النهي عن اتهام الامين قوله ولو زوجه امرأة بدعوى الوكالة منه فانكر الزوج حلف وعلى الوكيل نصف المهر ويجب على الزوج الطلاق ان كان وكّل في التزويج وقيل يبطل العقد والحكم على الوكيل لا اشكال في ثبوت التزويج في حق الزوج لو انكر التوكيل وحلف على عدمه لكن يجب عليه الطلاق ان كان موكلا في نفس الامر تخلصا من حقوق الزوجية ومن الوقوع في الزنا فيطلقها منجزا او معلقا بان يقول ان كانت زوجتي فهي طالق لعدم كونه من التعليق لاختصاص المنع بالمحتمل او المقطوع المترتب الوقوع وقت المقطوع بحصوله فعلا كالتعليق على يوم الجمعة فلا يعلم انه يوم الجمعة سيما انما كان من مقومات العقد كالملك في البيع والزوجية في الطلاق لا شتراطه فيه واقعا فلا مانع من التعليق عليه وان لم يعلم بتحققه على الاقوى كما لا اشكال في انتفاء الزوجية عن الزوجة انما تصدق الوكيل في دعواه او عدم الوكالة فان صدقته تعلقت الزوجية بها خاصة لاقرارها على نفسها

فمهرها عليها التزويج بغير الموكل وفي الزامه بطلانه مع انكاره الانكاح قولان فيه التذكرة ان الاقرب
الالزام لان الزامه الاحتمال وان الزامه الصدق عندنا بما لا صحه عليه فيه واختار في جامع المقاصد والر
والمسالك عدم الاجبار ولعل الاقوى للاصل وعدم تصور اجباره على الزامه النكاح لم يثبت في حقه
وح فهل تسلط المراة على الفسخ او تسلط الحاكم عليه او على الطلاق دفعا للضرر المنفي ولعموم ولاية
الحاكم على الممتنع بناء على انه واجب الزوج فيه لانكاره وجهان بل قولان اقواهما ذلك وظاهر الروضة
التوقف وانما الاشكال فيما حكم به المصنف ونسب في الروضة الى الاكثر وفي المسالك والكفاية الى المشهور
من الزام الوكيل بنصف المهر بل عن كثير من الاصحاب الزامه بتمام المهر وربما نسب الى الاكثر ايضا فان الالزام
بالمهر كلا او بعضا غير موافق لاصول المذهب وقواعده لانه اذا انكر الوكالة حلف على نفيها فقد انتفى
النكاح ظاهرا ولذا ابيح لها التزويج الا ان يصدق الوكيل بدعوى الوكالة فلا يتصور ثبوت المهر مع انتفائه
ما يوجبه من العقد او الدخول ولو فرض ثبوته فانما يلزم الزوج دون الوكيل لان المهر عوض البضع والوكيل ليس بزوج والتعليل بان الوكيل قد فوت بضعها بدعوى الوكالة وضيع حقها بترك الاشهاد فيضمن
المهر كما تضمن فات البضع مما لا يفي بالتفويت اولا وانما يفي بالا ستيفاء على بعض الوجوه مع ان
التفويت والتضييع غير متحقق لعدم وجوب الاشهاد على الوكيل ولانها ما نكحها والموكل يباح لها التزويج
وعلى فرض نفوذه فيها لا لم ان التفويت بالتزويج الا من قبل الوكيل ومنه يعرف فساد ما وجهه ابن العم
من ان الوكيل مغرر بان اخرج بضعها عن ملكها بما يعتقد لم يسلم له فكان كما لو كان عليه الضمان فان
كان منه اخرج باخراج ملك عن غيره بعوض لم يسلم له لتفريطه كمن لم يخرج اخراج الملك في المقام ومنع حصول
التفريط بترك الاشهاد كما عرفت فلذا قيل ببطلان النكاح ظاهرا ولا مهر على الوكيل اصلا وهذا
القول حكاه المحقق في الشرائع وجوده وانه لم يعلم قائله لكن رجح البعض من المحققين ونقوله في الروضة
واختاره في جامع المقاصد وهو جيد بحسب الاصول الشرعية الا انه ضعيف بحسب الفتوى لاطباق
الاصحاب ظاهرا على الزام الوكيل بالمهر في الجملة وان اختلفوا في لزوم الجميع او النصف لورود النصوص
التاهير الفاضية بالاول مع كخبر عمر بن حنظلة عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل قال لاخر اخطب لي فلانة

مفعلك

وما فعلت من شيء مما قاولت من صداق او ضمنت من شيء او شرطت فذلك رضا لي وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب
وخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف
الصداق وذلك انه هو الذي ضيع حقها فلما ان لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال لها حل لها ان
تتزوج ولا يحل للاول فيما بينه وبين الله عز وجل الا ان يطلقها لان الله تعالى يقول فامساك بمعروف او تسريح
باحسان فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله تعالى وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد اباح لها ان تتزوج
وصحيح ابي عبيدة الحذاء عن الصادق عليه السلام في رجل امر رجلا ان يزوجه امراة من اهل البصرة من بني تميم فزوجه امراة
من اهل الكوفة من بني تميم قال خالف امره وعلى المأمور نصف الصداق لاهل المراة ولا عدة عليها
ولا ميراث بينهما فقال له بعض من حضر فان امره ان يزوجه امراة ولم يسم ارضا ولا قبيلة ثم جحد الامر ان يكون
امره بذلك بعدما زوجه فقال ان كان للمأمور بينة انه كان امره ان يزوجه كان الصداق على الامر لاهل المراة
وان لم تكن بينة فان الصداق على المأمور لاهل المراة ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها ولها نصف الصداق
ان كان فرض لها صداقا وان لم يكن سمى لها فلا شيء لها وهو كما ترى صريح في بطلان النكاح ولزوم الوكيل
نصف المهر بل الطلاق صلاة ما فانه يلزم ذلك للمأمور وان لم يدع الوكالة بل وان علمت المراة فضوليته
كما يقتضيه اطلاق خبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه
والشيخ والاتباع على ما حكي وذكر الفاضلان وغيرهما على ما اذا ادعى الوكالة فان الحكم عندهم
في مدعي الوكالة ما سمعت ونحوه ولعل ذلك ولا موجب للاعراض عن هذه النصوص مع نقلها ما
صحة بعضها واشتهار العمل بها وان كانت على خلاف مقتضى الاصول الشرعية فان الخروج عن مقتضاها
بالدليل غير عزيز سيما في مثل ما نحن فيه مما يكون الحكم موافقا للاعتبار من حيث ان الوكيل قد صار
سببا لحرمانها من الوصية والعادية ولذا اضيف الصداق الى اهلها ويمكن ان يكون هو الحق الذي
يتعين الوكيل بترك الاشهاد على ما افاده الخبر الاول فلا مناص عن العمل بمقتضاها ولا موجب لحملها
على ما اذا ضمن الوكيل المهر للزوجة لبعده عن ظواهر النصوص فان ما يجب بالضمان تابع لما تعلق
الضمان كلا او بعضا لا خصوص النصف كما ان تعليل الخبر الاول والثاني بعد ورود اطلاق صداقه الى بحره

ولا تمام المهر كما يقتضيه خبر ابن مسلم مع انه في صحة مثل هذا الضمان اشكال من حيث انه ضمان ما لم يجب سيما
مع نفيه نفي الزوجية بانكار الوكالة الا ان يمنع ان ادعاء الوكالة بعد العقد بمعنى الاقرار باستحقاق المراة المهر
في ذمة الزوج فاذا ضمنه لزمه وسقط عن الزوج ظاهرا وواقعا وكيف كان فالمتجه ثبوت النصف
بالنصوص المشار اليها وانه لا فرق بين الموكل والمرأة في انتفاء اصلا بل مجرد العقد عليها بادعاء الوكالة مع
الاشهاد على الموكل موجب لتغريم الوكيل نصف المهر مطلقا لا للتفويت الوكيل عليها بتقصيره في الاشهاد
والا لكان اللازم تمام المهر اذ لا ينتصف الا بالطلاق دون الفسخ والمنفي في المقام وجعل الانكار من الموكل
منتصفا كما في قد تتم يمكن توجيه تمام المهر على ما اشرنا اليه من خبر ابن مسلم لكنه مع ضعفه وبعد حمله
على ادعاء الوكالة غير صالح لمعارضة النصوص الناصة على التنصيف فيجب اطراحه على النصف اقتصارا
والله العالم حق له ولو اختلفا في تصرف الوكيل حلف الوكيل وقيل يحلف الموكل اذا اختلف الوكيل و
الموكل في وقوع التصرف المأذون فيه وعدمه فالمشهور بين الاصحاب تقديم قول الوكيل بيمينه من غير فرق
بين نفي دعوى الوكيل ضمان للوكيل للتفريط وجنايته كما لو ادعى الوكيل في البيع وقبض الثمن فقبض وتلف
بيده فانكر الموكل وادعى تسليم المبيع قبل قبض الثمن وعدم نفي دعواه ذلك كما لو كان وكيلا في بيع او
وقف او نكاح او طلاق ونحو ذلك فادعى الوكيل صدوره منه وادعى فيه وانكر الموكل فان الاختلاف في جميع
ذلك في التصرف اختلاف في فعل الوكيل وقوله مقبول بلا خلاف اجده الا من التذكرة فقدم قول الموكل وجزم
به في مجمع البرهان وتوقف في التحرير وجامع المقاصد نظرا الى موافقة قول الموكل لاصالة عدم وقوع
التصرف وبقاء الملك لمالكه فيكون منكرا فيقدم قوله بيمينه وهو متجه لولا اشتهار والحكم بتصديق الوكيل
حتى ادعي الضمير مظنون فتاوي الاصحاب عليه وهو موافقة قوله للظاهر من حيث ان الاختلاف في فعله
هو اعلم بوجوده المقتضي وانتفاء المانع فيكون منكرا بناء على تفسير المنكر بذلك او بمن اذا ترك ترك
وللاصل المشهور وهو ان من ملك شيئا ملك الاقرار به فانه اشار والمصنف في قواعده والعلامة في
القواعد والعلامة الطباطبائي في مصابيحه وقال انه اصل معروف بينهم قد بنوا عليه نفوذ اقرار
الصبي فيما له ان يفعله كالوصية والعتق والتصدق وغيرها وكذا قبول قول العبد المأذون في التجارة

بما

الاحسان
فيما يتعلق بها والولي في تصرفه في مال المولى عليه مضافا الى ما دل عليه قول الموكل هنا القاعدة في
عموم نفي السبيل عن المحسنين وقواعد الامانة فان الوكيل امين فلا يلزمه غرم اليمين وصحة
لا يتهم للنهي عن اتهام الامين وتكذيبه ان ثمام لزمتهما ما تضمنته دعوى الخيانة والتفريط ولقاء
الضرر والحرج فانه ربما كان الوكيل صادقا وتعذر اقامة البينة عليه ولم يتمكن من تفسير التصرف
فيكون تكليفه بذلك او بالغرم حرجا وضررا منفيا بالاية والرواية وبعضده انه لولا قبول قول الوكيل
لا تضرر وعجز الناس عن قبول الامانات وعن معاملة الوكلاء والامناء والعبيد المأذون لهم في التجارة
وارباب المضاربات وغيرها واختلال نظام المعاملات ولذا كانت السيرة مستمرة على تصديق الوكيل وادعي
عليه في غاية المرام اتفاق الفتوى فلا اشكال في تصديق الوكيل مطلقا ومعنى تصديقه على انا
هنا يظهر من الاصحاب ثبوته هنا وعتبه على الموكل من التصرف بقوله وبيمينه كثبوته بالبينة او باقرار الموكل
فلا رجوع للموكل في طلاق زوجته بما لو اختلفا في الطلاق بعد تصديق الوكيل لها بطلاقها
ولا للموكل في البيع فقط بالعين بعد اعتراف الوكيل ببيعها ثابتة سواء كانت بيده او بيد المشتري ولا
للموكل فيه وفي قبض الثمن قبل تسليم العين الرجوع بالثمن على الوكيل ولا على المشتري ولو ادعى الوكيل
قبضه وتلفه بيده سواء وجد العين بيده او بيد المشتري وهكذا الحال في سائر التصرفات كما
هو مفاد ما اشرنا اليه من الادلة الفاضية بتصديقه وبه صرح في التذكرة في مسالة اختلافهما
في قبض الثمن من المشتري لو ادعى الوكيل قبضه وتلفه قال اذا صدقنا الوكيل بحلف فالاقوى براءة
ذمة المشتري لانا قبلنا قول الوكيل في قبض الثمن فكيف توجه وهو واحد وجهي الشافعية والثاني
لا تبرأ ذمة المشتري لاصالة عدم الاداء وانما قبلنا من الوكيل في حقه لائتمانه اياه ولا ائتمان به
كما يقبل قول الوكيل في حقه لائتمانه فكذا يقبل قوله في حق غيره ايضا لو اقر بالتصرف المفوض اليه فان
المالك لو طالب المشتري بالعين فادعى المشتري شراءها من الوكيل المعترف بوكالته بشرائها في الوكيل ببيعها
عليه صدق الوكيل وسقط دعوى المالك عن المشتري جزما وكان بمنزلة اقرار الموكل بذلك ولو
طالب الوكيل بالعين ليسترجعها فادعى بيعها صدق ايضا بيمينه ولا رجوع له على المشتري مع اعترافه

الوكيل بالبيع وكذا الحال في مسألة الثمن الذي ادعى الوكيل قبضه وتلفه فانه مصدق في دعواه ولو اعرض
الموكل عنه وطالب المشتري فان الوكيل بقبضه منه سقطت دعواه عن المشتري ايضا وحكم ببرائة ذمته
ايضا وحينئذ فان اريد صحة من عدم برائة ذمة المشتري علم قبول قول الوكيل في حقه اصلا الا كونه من
الاحرار في حق الغير بغير بحقه فانه مقتضى الادلة السابقة قبول قوله لانه قد سمع دعوى وانه ان
اريد ان الدعوى على الوكيل اذا سقطت لقبول قوله فيها لا يقتضي سقوطها على تقدير الدعوى على
المشتري لان للموكل الدعوى بالثمن على كل منهما وسقوط الدعوى عن احدهما لا ينافي سماع الاخرى
فله وجه لكنه لا فائدة فيه مع امكان الرجوع الى الوكيل ولزوم تصديقه بقدر القبض لاقراره به كما لا
يخفى وقد ظهر بما ذكرناه انما اشتهر بينهم حتى نسبه الصيمري الى فتوى الاصحاب من تقديم قول الموكل
فيما لو وكله على قبض دين من غريم له فادعى الوكيل قبضه وتلفه وانكر الموكل ليرجع على الغريم بحقه
وان حكوه عن الشيخ فرقا بين هذه المسألة وبين ما عرفته من مسألة التوكيل على قبض الثمن من
المشتري حيث حكم فيها بتصديق الوكيل بان المدعى عليه في الاولى حق الغريم دون الوكيل فانه لم يدع
عليه شيئا فلا يقبل قول الغريم بخلاف المشتري فان المشتري مدعى عليه بنفي الحق حيث سلم المبيع
قبل قبض الثمن فيقبل قول الوكيل لامانته واما الرفق بالحق وضمانه وهو كما ترى فانه وعوى في
مسألة المشتري لا تختص بالوكيل بل له الدعوى على المشتري بالثمن كالدعوى على الوكيل بضمانه فلو
اعرض عن الوكيل واحجم وادعى الثمن على المشتري كان بمنزلة دعواه على الغريم فانه صدق الوكيل فيه
بما رواه في مسألة المشتري صدق في مسألة الغريم لعدم الفرق بينهما في ان المعترف بقبضه هو الوكيل
وقطع ولاية المدعى عليه عن الوكيل وان لم يقبل اقراره لم يقبل في المسألتين فالفرق بينهما غير واضح
فلذا استشكل العلامة في الحكم بتصديق الموكل في مسألة الغريم ونظر في الفرق بين المسألتين في
الشرائع بل عن غير المحقق الجزم بتصديق الوكيل فيهما كما جزم به العلامة الطباطبائي وهو في
محله لما عرفت من اقتضاء الادلة تصديقه في دعوى التلف والاداء وما جزم به المعاصر هنا من عدم سماع
قول الوكيل في دعوى الاداء مع حلفه حيث يراد منه غير محله بل خلاف الاصحاب كما عرفت مما
كما هو

٢٣٣ كما هو في اكثر الادلة من كونه امينا ومن النهي عن اتهامه ولو بالتكذيب وان من ملك شيئا ملك الاقرار به بحكم الاستقراء
واستمرار السيرة على نفوذ قول الوكلاء في حق الموكلين ببيع ونكاح وطلاق وغير ذلك وان كانت
الدعوى مع غير الوكيل واستغنى عن تعجيبها اصلا لكنها في محله وعرفت من الذي يرجع به اليه فلو انكر الموكل
مع اعتراف الوكيل بالاداء الاختلاف بينهما ايضا ولو لموضع العواصر عن الغير والحكم في جميع ذلك بتقديم قول
الوكيل منوي وعما لا بل الظاهر انه يقبل قوله حيث لا يراد تغريمه لا بسبب يتوقف على اليمين ولذا اطلق جماعة من
الفتاوى في قبول قوله النوع من اليمين وانما يتوقف على اليمين فيما اذا ادعي عليه ما يراد به تضمينه فلا
يبعد ان اقراره لو كان مقبولا كان اقرار الموكل لم يحتج الى اليمين لمنع الاحتياج اليه حيث يكون الاختلاف
بينهما في محل الاقرار وانما يحتاج اليه في محل لو ثبت قول الموكل فيه لزم تغريم الوكيل فلم يجد
فان المقام مما اشكل على كثير من العلماء الاعلام وانه الموفق لمعرفة الاحكام قوله وكذا الخلاف
فلو انكر اي بعدم قول الوكيل بحينية اذا تنازعا في قدر الثمن بان قال الوكيل اشتريته بمائة فقال
الموكل اشتريته بخمسين فيرد عليه الاكثر لما تقدم من الادلة القاضية بلزوم تصديقه في تصرفه فيما
من الاختلاف وخاصة الاثمان وغير ذلك وهو الاقوى وقيل بتقديم قول الموكل وهو خيرة الفاضل
في الشرائع والتذكرة والارشاد وللاصل ووجهه في جامع المقاصد بالضعف وظاهرهم عدم الفرق
بين كون الثمن دينا او عينا واحتمل التفصيل كما يحكى عن ابي حنيفة من كون الثمن دينا فيقدم قول
الموكل لانه غارم لان الوكيل يطالبه بالزائد عن الخمسين وكونه عينا فيقدم قول الوكيل والموكل يطالبه
برد ما زاد على الخمسين مما دفعه اليه وهو ضعيف لان الغارم في الموضعين هو الموكل لان الثابت
من مال الموكل على التقديرين والظاهر انه لا فرق في تصديق الوكيل بين ان يكون المبيع يساوي ما
يدعيه من الثمن او ينقص عنه وقيده جماعة بما اذا كان يساوي ما ادعاه مستندا على عدم صحة الشراء
اذا كان بالاكثر من ثمن المثل ونقل المنع من بطلان تصرف الوكيل مع الغبن وقد لا يكون مفقودا
بل غايته يبقى عدم العلم للموكل ولا مانع منه قوله كتاب الشفعة هي استحقاق الشريك الحصة
المبيعة في شركته اجمع المسلمون عدا من شذ على جواز الشفعة ومشروعيتها والنصوص متواترة

ولا فائدة في تحقيق ماخذها لغة وانما مستفادة من الشفع الذي هو خلاف الوتر فيقال شفع كذا
بكذا اذا جعله شفعا اي زوجا كان الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب شريكه او من الشفاعة
التي هنا بمعنى الاعانة والتقوية وطلب الزيادة ولعل الاخير اقرب وان قيل برجوعها الى الاول وان
اصل الكلمة التقوية والاعانة لكنه غير محقق بل الظاهر تباين المعنيين واشتراك اللفظ بينهما فانه شفع
من الاول متعد ومن الثاني لازم وان طلب الاعانة والتقوية لا يشتق من شفعت كما يكذا بل
يقال من شفعت فيه بمعنى تشفعت اي طلبت حصوله او اعانته ونحوه والمهم انما بيان معناها
شرعا حقيقة كان او مجازا والمستفاد من الاخبار والفتاوى انها استحقاق احد الشريكين
انتزاع حصة شريكه الاخر من المشتري بها كلا او بعضا وهو المقصود مما سمعته من تعريف الكتاب
ومن تعريف المحقق في الشرائع لها بانها استحقاق احد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها
بالبيع ولا يرد على تعريف الكتاب بانتقاض طرده بشراء الشريك حصة شريكه اذ ليس فيه التعريف
انما يستحق الجزء والاستحقاق فيما يصدق بالاخذ من حيث الشركة لا من حيث البيع لعدم الفرق
بينه وبين الشريك وغيره والوصف مشعر بالعلية ولا حاجة الى دفعه بما ذكره في الروضة بان
استحقاق الشريك يقتضي كونه شريكا حال شركته والامر في البيع ليس كذلك لانه حال الشركة
غير مستحق وبعد البيع ليس بشريك اذ المراد هنا الشريك بالفعل لانه المعتبر شرعا الا ما كان فيه
غير شريك مع ارتفاع الشركة نظرا الى عدم اشتراط بقاء معنى الوصف المشتق منه في المشتق
اذ هو كما ترى لو تم لعضي نحوه وخرج جميع افراد المعرف عن التعريف اذ لا فرق بين البيع على التعريف
او على غيره في خروج الشريك بعد البيع عن كونه شريكا بالفعل فالظاهر ان المراد من الشريك في التعريف
من صدق عليه اسم الشريك عرفا وان انتفى الصدق حقيقة بناء على اشتراط بقاء المبدأ في صدق
اسم المشتق مطلقا او في خصوص ما ينبني على اللزوم والدوام كالحاصل بعد الشركة كما لعله
الاظهر وبما ذكرناه يظهر عدم ورود ما اورده في المسالك على تعريف المحقق من انتقاض
طرده بذلك وغيره وما اورده في جامع المقاصد على تعريف القواعد مما لا فائدة في ايراده
والشفعة

٢٣٤ والشفعة في لغة سوى التطويل سيما بعدما علم ان المراد من هذه الالفاظ انما هو الاشارة الى المعرف في
الجملة للتمييز عما عداه والاحالة في معرفة الكثرة والخصوصية الا ما نبينه من الاحكام قوله ولا تثبت لغير الشريك
الواحد هذا هو المشهور بين علمائنا حتى كاد يكون اجماعا بل عن الانتصار والغنية والسرائر والتنقيح الاجماع
عليه وظاهرهم عدم الفرق في ذلك بين ما لا ينقل عادة وما ينقل من حيوان او غيره وظاهر الصدوق في
الفقيه اشتراط الوحدة في الحيوان خاصة وجواز تعددها في الكثرة في غيره والسيد في الانتصار والشرائع الا انه نقل الاشتراط
الوحدة في خصوص الوحدة والاعلم بخلافه عد اصحاب الكفاية فانه جزم باشتراطها في العبد وتوقف في
غيره لتعارض الادلة وعن ابن الجنيد موافقة الصدوق في التفصيل المذكور بل نسب اليه عدم اشتراط الوحدة
مطلقا كما هو المحكي عن التذكرة عن الجمهور كافة والبرهان على المختار الاستناد الى ظواهر جملة من النصوص كخبر
السكوني عن علي عليه السلام قال الشفعة على عدد الرجال وخبر عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله
بالشفعة بين الشركاء والمرسل قال اذا اسمح بعض بحقه فانه كانه لم يسمح بحقه على قدر حقه وصحيح منصور
قال قلت لابي عبد الله عليه السلام دار بين قوم لم يقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم
ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم ايرد ذلك قال نعم ولكن يسد بابه وان اراد صاحب
الطريق بيعه فانهم احق به والا فهو يجيء يجلس على ذلك الباب ونحوه حسنة الاخر الا انه لا نعرفي
لها في معارضته ما دل على اشتراط وحدة الشريك من النص الصحيح كصحيح عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام
قال لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يتقاسما فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة ومرسل
يونس عنهم عليهم السلام قال اذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره وان
زاد على الاثنين فلا شفعة لاحدهم ومثله روى الصدوق مرسلا فان هذا النص مع صراحته معتضد
بالاصل وما عرفته من حكم مشروعية الشفعة من ازالة ضرر الشركة بها وبالاجماع ان المستفيضة
النقل بل العلم معلوم لشذوذ المخالف مع مخالفتها لما عليه المشهور كافة الجمهور ومن مثبتي الشفعة
مع الكثرة وبما افتيها الخاص في العبد من اشتراط الوحدة في الشفعة فيه بل في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام
في المملوك بين شركاء فيبيع احدهم نصيبه فيقول صاحبه انا احق به الله ذلك قال نعم اذا كان واحدا

قيل المراد في الحيوان شفعة قال لا يعرف بثبوت الشفعة في الحيوان فيكون المراد من المملوك مطلق المملوك لا
خصوص العبد وهو صريح في اختيار وحدة الشريك وقد فلا مناص عن اطراح ما تقدم من النصوص
او تنزيلها على التقية لموافقتها مذهب الجمهور كما عرفت او تأويلها بالاحمل في التأويل في
كالخبر الاول فان الحكم فيها مرتبا على عدد الرجال اي على رؤوسهم بمكن التنزيل على الكثرة الا حصة بسبب
الارث والخبر الثاني على ارادة جنس الشركاء في الملك الواحد واخبار منصور وفاقد وان لم يخرج عن
الظهور الا انها بلفظ العموم وصيغ الجمع الا انه احمل على ان ما منه الملك الى الجميع وان كان المستحق
منهم واحدا ممكن عادة وعرفا اذا تقرر هذا فالكثرة المانعة من الشفعة انما هي التي تعرض على البيع
الذي هو سبب فيها دون اللاحقة له او المقارنة فلو باع احد الشريكين فان الشفيع ولو ورث الشفعة
وان كثروا لتلقيهم الشفعة من الشفيع المتجدد وهل هي على عدد الرؤوس او على قدر السهام قولان
الاول للتساوي في الاستحقاق في الخبر السكوني المتقدم ولا فرق في ذلك بين اللاحقة والسابقة
على البيع لو قلنا بثبوت الشفعة معها ولو عفى بعضهم لم يسقط حق الباقي من الشفعة واحتمل
في عفو بعض الورثة لتلقيهم الشفعة من المورث فيكون عندهم بمنزلة عند المورث عن بعض حقه منها
والظاهر ان لعفو العافي في اخذ تمام المبيع وليس له الاقتصار على قدر حصته لما فيه من الضرر بالتبعيض
واحتمل لزوم الاقتصار على حصته كما احتمل عدم سقوط حق العافي الا بعفو الجميع ولو باع الشريك من
متعدد دفعة او متعدد لم يمنع ذلك من اخذ الشريك لحدوث الكثرة مقارنة للبيع وتملكهم دفعة فلا
شفعة لبعضهم بل الشريك الاول هو المستحق للشفعة لسبق ملكه وشركته وهو متحد فلا مانع
من اخذه بالشفعة من الجميع والظاهر انه له الاخذ من بعض والعفو عن بعض لان البيع على متعدد
بمنزلة عقود متعددة فلا يكون اخذ من بعض تبعيضا للشفعة ولا مستلزما لضرر ولو باع احد
الشريكين بعض نصيبه من شخص ثم باع الباقي من شخص آخر فقد جزم الفاضل في القواعد والشهيد في
الدروس بثبوت الشفعة للشريك وان قلنا باشتراط وحدته الا انه احتمل ابو حنيفة بتخيير الشريك
الاول بين الاول وبين الاخذ من الجميع او الترك ومقتضاه المنع من اخذ احدهما خاصة

لاستلزام

235
لاستلزام ذلك تبعيض الشفعة كما توهم لمعلومية ان كلا من البيعين سبب مستقل في الشفعة
في مبيعه فلا يندرج مثله في التبعيض المستلزم للضرر بل لما اشار اليه في جامع المقاصد من انه
اخذ الجميع لكثرة الشفعاء فلم يتحقق للثاني بحال فيما اذا عفى عن بعض فانه يشارك في الشفعة
الاخر فيتحقق الكثرة المانعة لاشتراط الوحدة وفيه ان الكثرة المانعة ان كانت مطلق تعدد الشركاء وان
لم يكن كل واحد منهم مستحقا للشفعة كما يظهر الميل اليه من الفاضل الشارح في المسالك احتمالا
ولزم ما اذا صار وا ثلثة فليس لواحد منهم شفعة فيلزم بطلان شفعة الشريك مع احتمال لو باع على
اثنين فاذا دفعة لتحقق الكثرة وان كان المراد بها على كثرة المستحقين للشفعة فاللازم في الفرض
المذكور جواز اخذ الشريك من المشتري الاول خاصة لتأخر شركة الثاني عن بيع الاول فلا يستحق
شفعة فلم يتحقق الكثرة المانعة وينبغي منعه من الاخذ من المشتري الثاني لو عفى عن الاول لمشاركة
الاول معه في استحقاق الشفعة بل ينبغي منعه ايضا قبل العفو لثبوت الاستحقاق له بالملك وان
لم يكن مستقرا فان الاستقرار ليس شرطا في الاستحقاق ولذا كان الاصح جواز اخذ الشريك منهما
وان كان ملكه في زمن الخيار والا ان يعم ان العفو وان لم يكن شرطا لكن بقاء الملك وعدم زواله
شرط في جواز الاخذ بالشفعة فلو باع احد الشريكين نصيبه ولم يعلم الاخر حتى باع نصيبه حتى خرج
نصيبه عن ملكه ببيع او غيره سقطت شفعته فلو اخذ الشريك فيما نحن فيه بالشفعة من الجميع
لم يثبت شفعة المشتري الاول فيما اشتراه المشتري الثاني لزوال ملكه عنه باخذ الشفيع
فيتجه ما ذكره الفاضل والشهيد من ان المشتري للشريك ان ياخذ بالشفعة من الجميع لكن انما يأتي على
تقدير العفو او الترك بترك الجميع مما لا اعرف وجهه اذ لا مانع من اخذه من الاول خاصة اذ لا
شفعة للثاني معه في شراء الاول لحصول ملك الثاني بعده فالقول بتخييره بين الاخذ من
الجميع او من الاول خاصة كما حكي القول به في المسالك وهو الاوجه قوله وموضعها ما
لا ينقل كالارض والشجر اختصاصها بما لا ينقل من ارض او دار او بستان ونحوها هو المشهور بين
المتأخرين بل ادعي عليه اطباقهم كما هو ظاهر الدروس ونسبه في التذكرة كما عن جامع المقاصد
الشفعة

الى المشهور مطلقا وعن الخلاف نسبته الى الاكثر اصحابنا اقتصارا فيما خالف العقلية والنقلية على
محل الاجماع ولما دل على الاختصاص من النصوص الواردة من الطريقين كالنبوي لا شفعة الا
في ربع او حائط وفي اخر الشفعة في كل شرك في ارض او ربع او حائط ومرسل يونس الاسلام
وروي ان الشفعة لا تكون الا في الارضين والدور فقط وخبر عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال قضى
رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن وقال لا ضرر ولا ضرار وقال اذا
رفت الارف وحدت الحدود فلا شفعة لظهوره في اختصاص القضاء بما فيما ذكر وليس ذلك
من مفهوم اللقب كما توهم فان الاعم مما ذكر الارض والمساكن من الفائدة اذ لا خلاف بين المسلمين في
تعلق الشفعة بها الا ما حكاه في التذكرة عن الاصم مما هو خلاف الضرورة فضلا عن الاجماع مضافا
الى ما ورد في جملة من النصوص المعتبرة من نفي الشفعة عن الحيوان لاستبعاد ارادة خصوص صنف
الحيوان دون غيره من المنقولات مع عدم القائل بالفصل وحملها على ما اذا كان الحيوان بين اكثر من
شريكين كما احتمله الشيخ لورود التقييد بذلك في بعض النصوص اليها وان امكن الا انه خلاف الظاهر
بل ينافي في بعضها كالصحيح الحلبي المتقدم في البحث السابق فليلاحظ وما ورد في جملة من النصوص من
انه لا شفعة الا في مشاع غير مقسوم والا لشريك غير مقاسم وانه قضى بالشفعة ما لم يورف وانه اذا
حدت الحدود فلا شفعة ونحو ذلك مما هو مشعر او ظاهر في اختصاصها بما يمكن فيه القسمة فلا شفعة
في الحيوان والجواهر واكثر الفرش والثياب وغيرها من المنقولات بل ذكر الارف والحدود كالصريح
في ارادة خصوص الاراضي والدور ولذا حكي عن الشيخ الاستدلال بهذه النصوص على الاختصاص
كما عن بعض المخالفين ان الاصل فيه عدم ثبوتها حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة فيما لم
يقسم فاذا وقعت الحدود وطرقت الطرق فلا شفعة وكانه لما لاحظ ثبوتها فيما لا ينقل و
عموم بيناه ان المنقول مع مخالفته ثبوتها فيه للاصول وتوقيفية الاحكام ولظاهر السيرة المستمرة
على الترك عن الاخذ بالشفعة في مثل الثوب والتمر والملح والحنطة والشعير وامثال ذلك لكن
المنسوب في المسالك والكفاية وغيرهما وغيرهما الى الاكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين القول
بثبوتها

236
بثبوتها في المنقول وعن الانتصار انه الظاهر من اقوال اصحابنا وعن المهذب انه الاظهر في المذهب بل عن
الانتصار دعوى على ثبوتها في كل شيء من المبيعات من عقار وضيعة ومتاع وعروض وحيوان
وان ذلك مما لا يحتمل القسمة ولا يحتملها وادعى انه من متفردات الامامية الا ما روي عن مالك
الاخبار بركثرة وربما نسب الى السرائر اجماع المسلمين ولعله وهم لما فانه نسبه النهيم الى الاظهر من
اقوال اصحابنا ولان الحكي من عبارته انه قال الاقوى ليل على ما اخترناه الاجماع من المسلمين على ثبوت
الشفعة وعموم الاخبار وهذا تمسك باطلاق الاجماع والروايات لا بورودها فيما نحن فيه وكيف كان
فلم نقف على ما يفيد ذلك من الاخبار بالعموم فضلا عن الخصوص سوى مرسل يونس عن احدهم انه سئل
عن الشفعة لمن هي وفي اي شيء هي ولمن تصلح وهل تكون في الحيوان شفعة وكيف هي فقال
الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان او ارض او متاع اذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع
احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد على اثنين فلا شفعة لاحد منهم وما ورد في صحيح ابن
سنان من ثبوت الشفعة في المملوك اذا كان الشريك غير واحد وربما استدل الى الاطلاق
في حسنة جرير ومن بن حبيب في الغنوي الشفعة في البيوع اذا كان شريكا فهو احق بها من غيره بالثمن
وقولهم في خبر السكوني وصي اليتيم بمنزلة ابيه باخذ الشفعة اذا كان له رغبة وقولهم للغائب
شفعة وهذه النصوص كما ترى لا نهوض لها في معارضة ما عرفت لضعف المرسل بالارسال وضعف
ودلالته على الاطلاق فان ما ورد في العبد لا يدل على ما ذكر غيره من المنقولات وربما
العبد من بينها بثبوت الشفعة دون غيره من الحيوان كما حكاه في الشرائع قولا واختاره في الجامع
مع اختصاصه عن غيره من الحيوان كما حكاه في الدروس عن الصدوق وهو ظاهر الحكي من عبارتهما لكن
التعويل مما اذا ثبوت الشفعة في العبد والحيوان في غاية الاشكال لندرة القائل به وشذوذه
ومخالفته لما دل على نفي الشفعة عن المنقول وعن غير المنقسم فلا ينهض الصحيح المشار اليه في تخصيص
ولا اقل من الشك فيتجه الرجوع فيه الى حكم الاصل اما حسن الغنوي فلا اطلاق فيه لانه جواب
عن سؤال ثبوت الشفعة في الدور ولا استقلال الجواب حتى يعم ان خصوص المورد لا يخصص

علي نفي الشفعة في الحيوان
مطلقا وما دل نحو

الواد وكذا الاطلاق فيما ذكر بعده من الاخبار لكن لكن المطلق منها اسوق البيان حكم اخر غير الاطلاق
ولا جابر لما فيها من الضعف سندا او دلالة سوى ما سمعته من اجماع الانتصار الذي ادعاه على جهة العموم
لما يقبل القسمة وما لا يقبلها لما ستسمعه من انه المشهور وعدم الشذوذ فيما لا يقبل القسمة كما سمعته
من التذكرة ودعوى الشهرة على اختصاصها بما لا ينقل وعن الخلاف نسبة الاختصاص بما لا ينقل الى اكثر
اصحابنا بل لم يتحقق الموافق للمرتضى على التعميم المذكور في معقد اجماعه سوى ابي علي والمفيد الذي
قال في الحج انه لم يصرح بشيء لكن المحكي عنه في الحج كلام المقنعة يشعر بشيء ما في صحيح العوض وكيفما كان
فالشهرة بين العلماء اتم محققة على التعميم فضلا عن الاجماع فلا سيما عن اطراح النصوص المشار
اليها او حملها على التقية لوفق التعميم مذهب مالك وابي حنيفة على ما حكاه الشيخ في الخلاف او على
ضرب من الاولوية والاستحباب **تنبيه** المراد مما لا ينقل الارض وما يثبت فيها على جهة الدوام كالابنية
والاشجار ولذا مثل المصنف بالارض والشجر وانما يثبت الشفعة في البناء والشجر تبعا لبيع الارض التي ثبتت
فيها فلو افردا بالبيع فلا شفعة فيهما بناء على اختصاص الشفعة بما لا ينقل لكونهما بحكم المنقول من
انهما في الاصل من المنقول وصار انتفاء النقل الان لثباتهما في الارض على الدوام وبيعهما معا
فتثبت الشفعة فيهما تبعا بلا خلاف كما نفاه الشيخ في ط على ما حكاه وفي ابن المسلمين وما
تعرض الشفعة من النصوص بالدار والمساكن والربع والبساتين ظاهر في ثبوتها فيهما والظاهر عدم اختصاص
الشفعة بما ورد في النصوص المشار اليها من الدار والبستان ونحو ذلك بل هي مثال لكل ارض فيها ابنية
او شجر على النحو المذكور ولذا حكموا بثبوت الشفعة في الحمام والدكان والرحى والبئر مع السعة وتقبل القسمة
وفي ثبوتها في الجدار الواحد تبعا للارض الثابت فيها وان لم يدخل في عنوان الدار وثبوتها في
الاحجار التي في الدار ومع انضمامها اليها في البيع وان لم يدخل في عنوان البستان لان المعتبر في
التبعية ثبات الشيء في الارض على وجه الدوام فلا يتبعها ما يثبت فيها من الزرع ولا من الثمر لكونه
في معرض النقل خلافا فالمحكي عن الشيخ فالحقها بالارض تبعا وهو ضعيف ولا ما يثبت في غير ارض
وان شمل الارض اخرى حتى لو صدق عليه لفظ المسكن الدار كالبيوت المتخذة من الخشب في ناحية

البحر

٢٣٧ البحر ولا فيما ثبت على ما ثبت عليها لو بيع مجردا عنها كالغرفة الكائنة سقفها لصاحب السفل بل ان
كان السقف مختصا بصاحب السفل او مشتركا بينه وبين صاحب الغرفة فشمل في البيع وان استشكل
في القواعد في صورة اشتراك السقف نظرا الى صدق اسم المسكن على ذلك الا ان الاقوى ما عرفته من
المدار على انضمام البناء الى الارض هي محله لا على صدق اسم المسكن معه ولا ارض في الغرفة لكون السقف في
الهواء وفي الاكتفاء بانضمام الشجر الى مغرسه من الارض والبناء الى محل اساسه وجهان اقواهما في
مع امكان القسمة وبعض ما ذكرناه يثبت الشفعة في الاشجار والابنية في الارض التي لا تباع لكونها
وقفا او مستاجرة او ارض خراج ونحو ذلك لانتفاء الانضمام والتبعية وعدم ثبوتها في مثل مغناة الكار
وان بيعها في البيع فلا ملازمة بين التبعية لشيء في البيع وتبعيته في الشفعة **قوله** وفي اشتراط
امكان قسمته قولان اقتصاره على نقل القولين من غير ترجيح يؤذن بتوقفه في ذلك ونحوه ما في
الدروس والارشاد ووصف القولين بكونهما مشهورين والظاهر ارادة كونهما معلومين والا فالمشهور كما في
التذكرة الاكثر علمائنا القول باشتراط امكان القسمة بل في المسالك انه المشهور حتى صار بين
المتأخرين فلنقل لا علم قائلهم سوى الفاضل الشارح في المسالك ونادر من المتاخرين فلم يعتبر
ذلك تبعا للمحكي عن العمانية والمرتضى وابي زهرة وادريس وابي علي والقاضي قبل ولا سابع
لهم وستعرف علم صحة نسبة الاشتراط الى المشهور والاكثر علمائنا وان انكره الشهيد في الحد المتقدم وكيفما
كان فالمعتمد الاشتراط للاصل السالم عن المعارض سوى دعوى المرتضى للاجماع واطلاق بعض ما تلوناه من
المتقدمة وقد عرفت الحال فيهما وربما استند العموم ان الشفعة باطلاق ما رواه ونحو قول
رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة في الارضين والمساكن وقوله للغائب شفعة وقوله لشريك
لم يقاسم وقوله لا شفعة الا لشريك غير مقاسم ونحو ذلك من الاخبار الا انه لا اطلاق فيها
بحيث يتناول ما لا يمكن قسمته لكونها غير مسوقة لبيان مشروعية الشفعة نفسها بل لبيان احكام
اخر من تعلقها بغير المنقول وثبوتها للشريك دون الجار ونحو ذلك مما يحسن معه
التمسك بالعموم والاطلاق مع ان التصحيح المشتمل على وصف الشريك بغير المقاسم مشعرة باختصاص

الشفعة نفسها بل لبيان بما فيه القسمة بل لعل ذلك خبر جابر المروي عن النبي صلى الله عليه وآله قال انما جعلت الشفعة
الشفعة فيما لم يقسم باعتبار ان لم لا تدخل الا على ما لا يمكن قسمته ويصح انتفا فيها اذ لا يقال للسقف
لم يقسم بل يقال السقف لا يقسم ولذا يحكي عن الشيخ في الخلاف الاستدلال به وان لم يكن من طرقنا وكان
للرد به على المخالفين كابي حنيفة واصحابه وابن شريح التوديب ومالك في احد الروايتين حيث ذهبوا
منها الى ثبوتها لا يقسم مع انه ما في اخبارنا ما يدل على عدم ثبوتها فيما لا يمكن قسمته كخبر
السكوني المتضمن لنفي الشفعة عن السفينة والنهر والطريق والرحى والحمام فان المراد ما لا يمكن قسمته
منها للاجماع المدعى على تقييدها بذلك ولانه الغالب لسائر منها والظاهر ورودها في النفي وانما يجب
الموافقة لفتوى الشيخ في بئر وغيره مورد المثال لكل ما لا يمكن قسمته فلا مناص عن العمل بذلك وتقييد
المطلقات به على وضعها لاعتضاده بالاصل والشهرة وارتفاع احد الوجهين المقتضيين لمشروعية
الشفعة وهما الشركة وتحمل مؤنة القسمة اذ لا قسمة فيما لا يمكن قسمته وان كان ذلك حكمة لا يجب
اطرادها والمراد مما لا يمكن قسمته ما تقدم في محله من انه الخارج بالقسمة عن حد الانتفاع او
الانتفاع منه وعما يبقى مع القسمة منفعة المقصودة منه وان بقيت فيه منفعة اخرى والاقوى منه
نقص قيمته بالقسمة نقصا فاحشا وان بقيت منفعة المقصودة منه على الخلاف المتقدم في ان
كان الاخير لا يخرج عن عموم القاعدة العامة **قوله** ولا تثبت في المقسوم الا مع الشركة في المجاز والشرب
لا خلاف في عدم ثبوت الشفعة في المقسوم الا ما حكاه في الحج عن العماني مما ظاهره ثبوتها قبل في مطلق
الجوار وان لم تكن بينهما شركة اصلية كما هو المحكي عن بعض المخالفين ولا شبهة في ضعفه لشذوذه
ومخالفته لظواهر الاجماعات ومتواتر الروايات واما ما استثناه المصنف من ثبوت الشفعة
فيه مع بقاء الشركة في الطريق او الشرب هو في الجملة مما لا خلاف فيه ولا اشكال بل عن الخلاف التصريح
بدعوى الاجماع لحسنة الحسن بن منصور وابن حازم عن الصادق عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم
في عرضة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق ان ياخذوا بالشفعة فقال
ان كان باع الدار وحول بابها الى الطريق غير ذلك فلا شفعة وان باع الطريق مع الدار فلهم

الشفعة

٢٣٨ الشفعة وصحيحة عمر بن يزيد في دار بين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة وبناها وتركوا
بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال نعم ولكن يسد بابه
ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت ويسد بابه فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم احق به والا فهو
طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب ورواية عمر بن يزيد قال سألته عن دار بين قوم اقتسموها وتركوا بينهم
ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال نعم قال ولكن يسد بابه او يفتح بابا
الى الطريق او ينزل من فوق البيت فان اراد شريكهم ان يبيع منقل قدميه فانهم احق به وان اراد
يجيء حتى يقعد على الباب المسدود الذي باعه لم يكن لهم ان يمنعوه والدلالة مختصة بالدار والاولى
لعدم دلالة الاخير الا على تعلق الشفعة بالطريق اذا بيع منفردا وهو مما لا اشكال فيه حيث
يكون جامعا للشرائط وانما البحث في تعلقها بالدار اذا بيعت مع الطريق فان انضمام المشفوع
المشفوع الغير لا يقتضي تعدي الشفعة اليه لا شفعة فيه بل يقتصر على الخبرين
خاصة بحسنة من الثاني الا ان الاصحاب متفقون فيما اعلم على تعلق الشفعة بالدار المبيعة مع
طريقها المشترك بين البائع والشفيع عملا بالنص المذكور وان لم يكن موافقا لقاعدة الشفعة المقتضية
لاعتبار الشركة الفعلية في تمام المبيع والحقوا بها الاشتراك في النهر والساقية بالنظر الى البيع
وهو الذي عبر عنه المصنف وجماعة بالشرب وربما تناول البئر التي صرح بعضهم بها وانها التي
ذلك ولا بأس به وان خلت النصوص عن التعرض للشرب مطلقا وكان الوجه فيه حمل المدار في ثبوت الشفعة
على مشاركة المبيع لغيره في المرور من الارض المحتاج اليه لورود الماء اليه ولا عبرة بالشركة في غير
الطريق والشرب من ارض او جدار او سقف او شيء من حقوق الدار ومقتضى النص اطلاقه هو
الفتاوى عدم الفرق بين كون المبيع من المقسوم او المملوك ابتداء من غير سبق شركة فيه ولا بين
كون الطريق المشترك قابلا للقسمة اولا واقتصر المحقق الثاني على المقسوم فلم يثبت الشفعة في
غيره كما اقتصر المصنف في الدروس على الطريق الحكم فيشتمل بناء على اعتبار ذلك في اصل الشفعة
لانه المنطبق على الاقتصار فيما خالف الاصل عليه ولا وجه له بعد اطلاق النص وان وقع البحث

في جملة من الفتاوى كالعبارة ونظائرها بالمقسوم اذ الاختصاص حينئذ لم يسوّغ مراعاة الشركة الا شبهة وهي لا تصلح مانعا بعد قيام الاجماع على اعتبار الشركة الفعلية في ثبوتها ولذا لم يلتفت اليه في المعنى لو بيع مجردا من شمول الطريق كما ان الخصوصية باعتبار امكان القسمة في الطريق سوى توهم ان تعلق الشفعة بالدار وبيعها الشق منها في الطريق على نحو تبعيته بعض حقوق الدار لها في البيع وان لم تدخل في مسماها وليس كذلك بل التبعية هنا على نحو تبعية البناء والشجر للارض في تعلق الشفعة بهما اذا بيعت الدار والبستان وح فلا يعتبر سوى امكان قسمة المجموع من الطريق والدار بناء على اشتراط امكان القسمة في المتشفع ويتفرع عليه المنع من الاخذ بالشفعة في الدار وحدها او في الطريق وحده وانه لو امكن قسمته كما في التذكرة من ان الطريق ان امكن قسمته جاز اخذ حصته وان لم يمكن قسمته لم يجز اخذ حصته بل اما ان يأخذ الجميع او يتركه ما الامر في وجهه بعد فرض تعلق الشفعة بالمجموع ولو بسبب الشركة بالجزء الآخر ثم المنع من اخذ الطريق خاصة لزم التبعيض الممنوع منه لكونه ضررا على المشتري سيما في مثل الطريق المؤدي في بعض الاحوال الى بقاء الدار من غير طريق يسلك اليها فلا بد من الضرر والتشفيع المثبت للشفعة بنحو ذلك وفي اشتراط وحدة الشريك هنا في ثبوت الشفعة وجهان اظهرهما ذلك لعموم ما دل على سقوط الشفعة مع الكثرة واحتمال عدم اشتراطه هنا للاصل واختصاص ما دل على الاشتراط بما سبب الشفعة حصول الشركة في تمام المبيع لان بعض اطلاق ما دل على اعتبار وحدة الشريك من روايته واجماع فلا لا وجه من تردد في ذلك نظرا الى عدم النص الوارد هنا في تعدد الشركاء وان الغالب في الطرق المرفوعة لا سيما النجوز بالقرى غلبة التعدد في الطرق المرفوعة لا يقضي بثبوت الشفعة فيها ولذا اطلق الاصحاب اشتراط الوحدة من دون استثناء المحل العرض قوله ويشترط قدرة الشفيع على الثمن ويدل عليه ظاهر اشتراط القدرة والبذل لسقوط الشفعة وبطلانها بالعجز عن الثمن حال البيع وما بالمماطلة والهرب عن ادائه وهو مما لا اشكال فيه مع عدم رضى المشتري بتأخير الثمن واما فائدة القدرة المعتبرة في اخذ الشفيع اما مع رضى المشتري بالصبر ففي البطلان بمجرد العجز عن الثمن حال البيع تأمل انه لم يقم اجماع على اشتراط القدرة وكذا الوليد ونحوها لصبر فلو الشفيع على الثمن بعد البيع بيسير وليس مما يلوح من اتفاقهم على اشتراط القدرة

في العقد

٢٣٩

في العقد لامكان ان يتم بناء كاشتراط البذل من شرائط اللزوم فان المماطل لا يبطل شفعته بعد الاخذ بمجرد المماطلة بل غايته تسلط المشتري على فسخ تملكه واسقاط حقه والقم انه لا اشكال في ذلك بالنظر الى المماطل لا يبطل شفعته بعد الاخذ بها بمجرده بل غايته تسلط المشتري على فسخ تملكه واسقاط حقه والقم انه لا اشكال في ذلك الى المماطل والهارب ونحوهما ولا يبعد مثله في العاجز عن الاخذ بالشفعة حال فان رضي المشتري بالصبر والا فله الفسخ وقد يستفاد من عطف البذل على القدرة في العبارة ونظائرها انهما من سنخ واحد في الشرطية فكما ان البذل من شرائط اللزوم ولتحقق المطالبة بالشفعة مع اسقاط المشتري فكذا القدرة ولا يلزم المشتري هنا الصبر ثلاثة ايام كما بالنسبة الى غيبة الثمن لعدم الدليل بل القم تسلطه على الفسخ في الثلاثة خلافا لما يظهر من المسالك فليتم قوله والاسلام اذا كان المشتري مسلما لا خلاف في اشتراط اسلام الشفيع اذا كان المشتري مسلما سواء كان البائع مسلما او كافرا للاصل بعد الشك في تناول اطلاق ادلة الشفعة لمثله وعموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واطلاق قوله ليس لليهودي والنصراني شفعة وهو وان تناول بمع ثبوتها على مثله الا ان الاجماع مقيد لها بارادة نفيها على المسلم اذ لا ريب في ثبوت الشفعة للكافر على مثله كما لا ريب في ثبوتها للمسلم على المسلم والكافر ولا فرق في نفي ثبوتها للكافر على المسلم بين انواع الكفر وان اختص الكفر بنفيها عن اليهودي والنصراني لما لا فرق بين الكفر الاصلي والارتدادي ولو كان كافرا حال البيع فاسلم بعده فالقم سقوط شفعته وكذا لو انعكس الفرض على الاظهر قوله ولو ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام ما لم يتضرر المشتري لا خلاف في وجوب دفع الثمن معجلا الى المشتري بعد اخذ الشفيع بالشفعة الا مع رضاه بالصبر والتأخير فلو اهمل الشفيع من غير عذر سقطت شفعته ولم يجب على المشتري تسليم الشقص اليه لكن ادعى غيبة الثمن لم يسقط حقه واجل ثلاثة ايام لاحضاره فان ذكر ان المال في بلد اخر اجل بمقدار ذهابه وايابه وما يسع تناول الثمن وتحصيله من ملاك البلد عادة وزيادة ثلاثة ايام كذا ذكره الاصحاب ولم يتعرض المصنف هنا للامهال مدة الذهاب والاياب لو كان الثمن في بلد اخرى بل اقتصر على التأجيل ثلاثة ايام وكانه لا نصا والتأجيل الشرعي بالثلاثة من غير فرق بين كون الثمن

في البلد او غيرها واما الصبر بقدر الذهاب والاياب فانه غير مناف للتعجيل الواجب عليه بل هو من مقدمات احضار الثمن وضرورياته المتوقف عليها دفع الثمن وتسليمه فلا يعد التأخير بسببه تفريطا بالمبادرة كما لا يخفى والاصل في هذا الحكم مضافا الى ما يظهر من الاتفاق عليه صحيح ابن مهزيار وسأل ابا جعفر الثاني عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض اذا اراد بيعها ايبيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه في المصر فلينتظر به الى ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد اخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى البلد ويصرف وزيادة ثلاثة ايام والتأخير في دلالته بعد موى ظهوره في طلب الشفعة قبل البيع لان المراد بصاحب الارض الشريك الاصلي الذي هو البائع ممنوع لان حقيقة الشفعة استحقاق التملك بعد البيع فطلبها انما يكون بعده سواء اريد من طلبها معنى الاخذ بها او ارادتها وفي كونه قوله بطلت شفعته وح فالمراد من صاحب الارض هو المشتري ولا حاجة الى تكلف موجب له انها على المطلوب بالفحوى وينقح المناط القطعي اذ لا يتجه ذلك الا بعد العمل بالاصل وهو على فرض ارادة الشفعة في حين البيع ومقتضى اطلاق النص عدم الفرق بين تضرر المشتري بتأخير الثمن وعدمه كما اطلقه الاصحاب بالنظر الى غيبة الثمن في البلد لكن المصنف هنا قيد الحكم مطلقا بعدم الضرر ترجيحا لعموم نفي الضرر وهو متجه حيث يكون الضرر بسبب بعد البلد كالشام من العراق لعل الاصحاب بين انما لو كان يغيره من الاسباب مع وجود الثمن في البلد فلا يتجه اطلاق الحكم لاطلاق النص والفتوى من غير معارض سوى عموم الضرر الذي لا ينهض في المعارضة بعد ولا مكان وقلة اعتضاده بفتوى بعض الاصحاب وظاهر النص انتفاء الشفعة بالتأخر عن الثلاثة ايام ان كان اخذ بالشفعة في الثلاثة وسقوطها ان لم يكن اخذ به كما جزم بعض المتأخرين لكن في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ان المراد ببطلانها في النص سقوطها بمعنى نفاذ الاخذ بها وتسلط المشتري على الفسخ ان كان قد اخذ ولعله الاظهر لكون التعجيل حقا من حقوق المشتري فاذا رضي بالتأخير فقد اسقط حقه فيكون المراد من نفي الشفعة نفي لزومها ومن البطلان بطلان الكل على نحو ما ورد من الاحتياط في خيار التأخير من بطلان البيع مع اتفاق الاصحاب على صحته وصيانة

التلثة

٢٤٠

الثلثة من حين الشفعة لا من حين البيع وتدخل الليالي المتوسطة بينها للضرورة الاتصال ولا تدخل الليلة الاولى بعد ولا الاولى الا تبعا لليوم فان دخلت في مسماه حقيقة ووقعت الشفعة في اثنائها الملفق من الآخر بعد وما فات منها وانهم لم يدخل في المسمى كما هو الاظهر لم يجب الاكمال ولو وقعت الشفعة في اثناء النهار ففي احتساب ما بقي يوما او اكماله من اليوم الرابع بقدر الفائت او عدم الاعتداد به واستئناف يوم ثالث وجوه اوسطها في المقام الوسط وان كان الاظهر في غيره الاخير كما هو مقتضى القول به في نظائره في مبحث الاقامة ونحوها فليلحظ قوله وتثبت للغائب كافا قدم اخذ لا خلاف في ثبوت الشفعة للغائب كثبوتها للحاضر بل في التذكرة كما عن الخلاف وظاهر الغنية الاجماع عليه بل لعله اجماعي المسلمين عدا من النخعي لعموم ادلة الباب وخصوص خبر السكوني المنجبر بعمل الاصحاب ومقتضى اطلاق العبارة جواز تأخير الغائب الشفعة الى حين قدومه وان تمكن من المطالبة بها بالسعي الى المشتري بنفسه او وكيله وهو متجه بناء على عدم الفورية فيها اما على القول بها كما سيأتي فالمتجه لزوم المبادرة الى الاخذ بها مباشرة او توكيلا فان اهمل ذلك مع الامكان سقطت شفعته كما صرح به كثير من الاصحاب ولا تكون الغيبة مسوغة للتأخير الا بقدر المسير اليه مع عدم الامكان فالغيبة عذر لترك المبادرة ولا تسقط شفعته ويتطاولها ولا كذا يلحق عند بلوغ الخبر بالبيع بالمطالبة بها بحضور الغائب حتى ولا بالاشهاد على المطالبة والاخذ لعموم الدليل بل في موضع من التذكرة وهذا المريض معتبر عندنا لا نعلم فيه خلافا على عدم الافتقار الى الاشهاد او حضور مجلس القضاء لكنه قال في موضع اخر ولو لم يمض الشفيع الى المشتري ومضى الى الحاكم وطلب الشفعة لم يكن مقصرا في الطلب سواء ترك مطالبة المشتري مع حضوره او غيبته اما لو اقتصر على الاشهاد بالطلب ولم يمض الى المشتري ولا الى القاضي مع امكانه فالاقرب انه لا يبطل شفعته لعدم الدليل عليه وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يكون مقصرا وبطلت شفعته ولو جهل البطلان كان عذرا ولم يكن مقصرا كما لو جهل اصل الشفعة ولو كان المشتري غائبا او حضر الى القاضي واخذ فلم يكف الاشهاد ولو لم يتمكن من الوصول الى المشتري ولا الى القاضي كفاه الاشهاد على الطلب فان تمكن بعد ذلك من المضي الى المشتري او القاضي فالاقرب

عدم الاكتفاء بالاشهاد على الطلب السابق فيكون مقصراً لو لم يمض الى احدهما لان الالتجاء الى الاشهاد
كان لعذر وقد زال ولو لم يتمكن من المضي الى احدهما ولا من الاشهاد فهل يؤمر ان يقول تملكت
الشقص او اخذته الاقرب ذلك لان الواجب الطلب عند القاضي او المشتري معاً فاذا فات
لم يسقط الاخر وللشافعية وجهان احدهما الاقرب حتى ما ضمن دعوى الاكتفاء بالمضي الى الحاكم
او الاشهاد وان امكن المضي الى المشتري فان حضور المشتري ومواجهة الشفيع له بنفسه او وكيله ان كان
معتبراً في صحة الشفعة فلا وجه للاكتفاء بالمضي الى الحاكم فضلاً عن الاشهاد اذ لا دليل على قيام الحاكم
مقام الاشهاد المشتري سيما مع حضوره وعدم غيبته بل اللازم السعي الى المشتري والاخذ منه
مباشرة او توكيلاً وان لم يكن معتبراً فالازم الاكتفاء بمجرد قوله تملكت الشقص او اخذته من غير اعتبار
كونه عند الحاكم او بحضور شاهدين على المطالبة والاخذ لعدم دليل على اعتبار ذلك مع امكان الطلب
وعلى هذا يسري ما يحكى عن بعض المحققين حيث اعتبر الاشهاد مع تعذر الطلب مع عدم استناده الى عليه
بان الاشهاد قائم مقام الطلب فيكون كذلك وان الترك اعم من ان يكون لعذر او لا ولا يعلم الاذن
الا بالاشهاد والشفعة على خلاف الاصل وفيه المنع من قيام الاشهاد مقام الطلب من المشتري
عند التعذر لعدم الدليل عليه وعدم اندراجه في المطالبة التي تسقط الشفعة بتركها ولا
لقيام الاشهاد مقام الطلب عند عدم التعذر ايضاً كما حكي عن الشيخ وضعفه ثم والمعتبر توقف
ثبوت العذر على الاشهاد بالمطالبة بل يمكن ثبوته باقرار المشتري وبالبينة من غير اشهاد وبيمين
الشفيع لموافقته قول الاصل وهو استصحاب بقاء الشفعة حتى يعلم التأخير من غير عذر ومن
يظهر بطلان الاستناد الى اصالة عدم الشفعة بدون الاشهاد لكونه معارضاً بالاستصحاب وعموم
الباب والحاصل عدم الزام الشفيع بحضوره مع غيبة المشتري بالاشهاد والحضور عند الحاكم
بل عند غيبته مع عدم تمكنه من السير او التوكيل عذر مسقط للمبادرة كغيره من الاعذار المسقطة لها
من حبس او جنون او اغماء او صغر ونحوها كما ان الحاصل عدم الاكتفاء بهما مع حضور الشفيع او
غيبته مع تمكنه من الحضور او التوكيل وبهم من ترتيب الاخذ على التقدم في العبارة وقد ثبت
عدم

عدم الامهال بعد حضوره وصبر ثلاثة ايام وله قد ذكر الاختصاص منا ولعل الامهال ثلاثة بعد غيبته
الثمن فلا يتعدى الى غيره وفي الحاق حكم الغائب المريض والمحبوس بغير حق او بحق يعجز عنه فانه لا يقدر في
ثبوت الشفعة عدم المبادرة لمكان العذر **قوله** وكذا للصبي والمجنون والسفيه ويتولى الاخذ لهم الولي مع
الغبطة فان ترك فلهم عند الكمال الاخذ لا اشكال في ثبوت الشفعة لمن ذكر الاجماعات والعمومات وخصوص
ما ورد في ثبوتها للصبي كخبر السكوني ولوجود المقتضي من الشركة وغيرها وانتفاء المانع عدا عدم
في الاولين وتاخر المطالبة منهما او الحجر في الثالث ولا يصلح شيء من ذلك للمانعية اذ لا مدخلية للتكليف
في خطاب التسبب والزواجر عن المطالبة غير قادح لعذر الصبي والمجنون كعذر الغيبة ونحوها والحجر على السفيه
مرتفع باذن الولي او اجازته ويجوز لوليه الاخذ عنهم كما يتعين اخذ الولي عن الصبي والمجنون مع المصلحة
انه لم يكن اجبارياً والا فيكفي عدم المفسدة على الاظهر كما ان غير ذلك من التصرفات ولا يتوقف اخذ الصبي والمجنون
في حال نقصهما لسلب عبارتهما ويصح اخذهما بعد الكمال لو اهمل الولي الاخذ مع وجوده او وجود
المصلحة او انتفاء المفسدة ولا يسقط اخذ الولي بترك المبادرة في محل الجواز بل له الاخذ ما دام العذر
للحق للمولى عليه دونه فاليه الاخذ متى تيسر الولاية نعم لو عفى عن الشفعة لمصلحة المولى عليه ففي سقوطها
مع انه لو اشتهر هنا السقوط بل قيل انه لا يظهر خلافه فيه نظر لان الترك ليس الا الفعل كما فكما يمضي
فعله في حق المولى عليه في مقام المصلحة فكذا تركه للمصلحة لكن المحكي عن الشيخ في الخلاف انه قال
اذا كان للصبي شفعة والحظ له في تركها فتركه الولي فاذا بلغ الصبي ورشد كان له المطالبة بالاخذ
ولم يذكر لانه يحضره وليس على اسقاطها دليل واستدل عليه بعموم الاخبار ونحوه المحكي عنه في كتاب الفعل
ممثل انه لم يكن الترك على وجه يتضمنه منه للاسقاط والعفو فان مجرد الترك له لعدم المصلحة في
ولعل ان الترك عليه لا يقتضي سقوط الثابت للمولى عليه بل غايته امتثال امر الشارع في اجتناب
ما فيه المصلحة من التصرف وتنزيل الولي منزلة المولى عليه في الفعل والترك ممنوع والا لسقطت
الشفعة من المولى عليه لو ترك الولي مع المصلحة في الفعل او مع انتفائهما في كل من الفعل او الترك
ولا قائل به **تنبيه** لا ريب في جواز اخذ الولي بالشفعة حتى يكون الشريك البايع هو الولي او غيره

م لوجود المقتضي وانتفاء المانع من تهمة وغيرها ولو كان وليا لاثنين فباع نصيب احدهما في شركة الاخر
جاز له الاخذ للاخر من غير اشكال ولو باع كان شريكاً للصبي فباع نصيب الصبي في شركته ففي جواز
اخذه بالشفعة وجهان اقربهما الجواز اذ لا مانع سوى توهم التهمة له بتقليل الثمن وهو مندفع ما دام
الامانة في الامين وله اجاز له شراء المولى عليه مال نفسه وتوهم انه يصير حينئذ منه تمليك المشتري
واسقاط الشفعة وهو ممنوع بل العلة بعيد جداً لاخذ به او تحقق سببها ولا فرق فيما ذكرناه بين
الولي الاجباري كالاب والجد وغيره كالوصي ومن معناه الوكيل وان جزم الفاضل في التحرير بسقوط
شفعته مع الاذن بان قبله الوكالة رضى منه بالتمليك للمشتري فسقط شفعته ونحوه منع الاذن عليه
كما عرفته **قوله** ويستحق بنفس العقد وان كان فيه خيار ولا يمنع الاخذ من الخيار فان اختار المشتري
او البايع الفسخ بطلت اما استحقاقها الشفعة بعقد البيع خاصة ان لم يكن فيه خيار فلا خلاف فيه
ولا اشكال واما استحقاقها به من كان فيه خيار فهو المشهور خلافاً للشيخ فخصه فقاله في مدة
الخيار مبنياً على عدم ملك المشتري الا بعد انقضائها وقد عرفت ما فيها فيه من المنع في محله و
توقف العلامة في التحرير بل جزم في الارشاد بسقوط الشفعة مدة الخيار مع عدم موافقته للشيخ
على المبنى المذكور استناداً الى ان اخذ الشفيع موجب لسقوط حق ذي الخيار من العين مع ان التأخير
وعدم تتوجه حق الشفعة الذي هو على خلاف الاصل فيما اذا ضمه وهو متجه لو كان اللازم من الاخذ
بالشفعة سقوط الخيار مع الاخذ قبل الفاضل اماعلى ما ذهب اليه جماعة ومنهم العلامة في جملة
من كتبه من بقاء الخيار مع اخذ الشفيع لعدم المنافاة بين الامرين فان فسخ البيع بطلت الشفعة
لم يبطل فلا معارضة بين الحقين بل ربما احتمل عدم بطلان الشفعة على تقدير فسخ البيع لاصالة
لزومها اي في فسخ بيع المشتري في زمن الخيار لا يبطل بعده بفسخ البيع الاول بل ينتقل الى
المشتري مثل المبيع او قيمته كما مر في البيع لكن ظاهرهم هنا عدم الاعتداد بهذا الاحتمال والحكم بانتفاء
الشفعة تبعاً لفسخ البيع وكان الفارق بين اخذ الشفيع وبيع المشتري ان الشفعة ملك مترتب
على المشتري بمثل الارث فلا يملك الشفيع ما ملكه المشتري على نحو ما ملك وقد لا ملكه منه الا فلا يملكه
الشفيع

الشفيع الاول بخلاف بيعه فانه مسلط على التصرف فيه وان كان في زمن الخيار فلم يتقابل بعقد لازم كما لو
اتلف او لاجنبي او لاحدهما مع المشتري اما لو كان الخيار للمشتري خاصة فلا خلاف في استحقاق
الاخذ بالشفعة كما نفاه في المسالك بل في ظاهر التذكرة والكفاية الاجماع لتصريح الشيخ هنا بذلك وان
نقل عنه في باب الخيار عبارة توهم خلاف ذلك حيث قال فيها اذا كان الخيار للمشتري وحده انه يزول
ملك البايع بنفس العقد لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضي الخيار فان مقتضاه بطلان الاخذ من المشتري
قبل انقضاء خياره اذ لا ملك له قبل ذلك والشفيع انما يملك ما ملك لكنه حيث صرح هنا بسقوط خيار
المشتري باخذ الشفيع وان قال في الدروس ويلزم على قول الفاضل وغيره بقاء خيار البايع مع
اخذ الشفيع ان تكون المطالبة على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة فانهم لكنه قال بعد ذلك ويحتمل القول
بان الاخذ يبطل خيار المشتري كما لو اراد الرد بالعيب فاخذ الشفيع ولان الغرض الثمن وقد حصل من
الشفيع الا ان يجاب بان المشتري يريد دفع الدرك انتهى وهو حاصل ما نبه عليه في المسالك من
من الفرق بين الامرين بترتب الفائدة في بقاء خيار البايع بارتجاع العين وعدم ترتبها على بقاء خيار
المشتري لانه لا يقصد من الفسخ سوى رد الثمن وهو حاصل من الشفيع وهو كما ترى فان ترتب الفائدة
وعدم ترتبها لا مدخلية له في بقاء حق الخيار الثابت شرعاً وعدم بقائه بل مقتضى عموم الادلة والاستصحاب
بقائه مطلقاً سيما مع تحقق الفائدة في بقاء خيار المشتري بما اشار المصنف اليه من انه ربما قد يكون لا
دفع العيب ودرك المبيع عن نفسه فلعل الوجه في سقوط خيار المشتري هنا عدم تمكنه من رد العين
لتملك الشفيع لها بالسبب اللازم فكان بمنزلة اتلاف المشتري لها وكذا الحال لو كان له الرد بالعيب فان
الشفيع بتمام الثمن فان خياره ساقط لتعذر رد العين ولا ارش له لحصول تمام الثمن له واحتمال
بقاء خياره بعد الشفعة لو كان الخيار الشرط فيفسخ البيع ويرد المثل او القيمة وان كان ممكناً الا انه
مما لا قائل به في المقام ولا يجري مثل ذلك في خيار البايع لتمكنه من الفسخ واسترجاع العين بابطال
الشفعة المترتبة على الشراء ملك الشفيع حيث يكون الخيار للبايع ولا مرجح
يكون للمشتري كما هو غير خفي على المتأمل **قوله** وليس للشفيع اخذ البعض بل ياخذ الجميع او يدع

لا خلاف في المنع من تبعيض الشفعة وانه لم يحك فيه من كثير من الاصحاب بل ما حكي لان المسألة من معقودها
وادلتها اخذ تمام المبيع المشفوع بتمامه ولما في التبعيض من الاضرار بالمشتري ولكونها على خلاف الاصل
والمتيقن بالمجموع فلا يتجزى كالقصاص وليس من التبعيض ما اذا تعدد المشتري للمشفوع واتحاد عقد
البيع بل لا يجوز للشريك الاخذ من واحد وترك الاخر لكونه عقد البيوع متعددة متعددة الشفعة
بتعددها ولو ما اذا باع شقصين مع شريكين له صفقة فان لكل شريك اخذ شفعته خاصة لان
الشفعة بالنسبة الى مشفوع فكما لو كان لو ضم المشفوع الى غير المشفوع ولو ما اذا باع
شقصين من دارين وكان الشريك واحدا فيهما فان له اخذ الجميع واحدهما لان الشركة في كل واحد
من الشقصين سبب مستقل للشركة في الاخر وتعدد الشركة فاحش بتعدد الشفعة ولان التعدد لا اتحاد
الصفقة فان حقه في احدهما غير شايع في حق شريكه من الاخر بخلاف ما اذا كان الدار الواحدة
فان الشفعة فيها متحدة لاتحاد سبب الشركة فيها فيمتنع التبعيض فلو قال اخذت البعض لم يصح
ولا احتمال صحته بالنسبة الى الجميع كما عن بعض المخالفين لان اخذ البعض يستلزم اخذ الجميع لعدم جواز
اخذه منفردا بعيد جدا وفي بطلان شفعته اصلا باخذ البعض بحيث لو اخذ الجميع بعده لم يصح
وجهان اشهرهما البطلان للتراخي بالاخذ بتخلل اخذ البعض وهو غير مصحح وانما المستحق من حيث المجموع
ولان البعض متضمن لاسقاط حقه من الباقي فلا يصح الاخذ بالنسبة اليه وقد يمنع حصول التراخي
المخل بالشفعة بمجرد تخلل اخذ البعض كما يمنع ظهوره في اسقاط حقه من الباقي ولذا فصل في
الدروس بانه لو قال اخذت نصف الشقص جاهلا بطل لان العفو عن البعض يبطلها الا ان يحتمل
ان يكون ذلك اخذا للجميع ولو اقتصر على قوله اخذت نصفه فوجهان واولى بالبقاء لان اخذ البعض
لا ينافي اخذ الكل الا ان يؤدي الى التراخي انتهى لكن فيه ان التقييد بجاهلا ان اراد العفو عن الباقي
لم يكن لما ذكره من احتمال ان يكون ذلك اخذا للجميع مجال والا كان اخذ البعض مساويا لاخذ البعض
مع الاطلاق واما دعوى ان العفو عن البعض يبطلها معه لا تخلو من مناقشة لان حقه انما تعلق
بالمجموع فكما ان اخذه البعض لغوا لكونه غير مستحق حقه فكذا اسقاطه لكونه اسقاطا لغير مستحق فلا

مانع

٢٤٣

مانع من اخذه بالجميع وان لم يكن تخلل اخذه البعض واسقاط البعض مخلا بالفورية فليتم قوله
ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد اي بمثله او بقيمته لا بعينه بلا خلاف الا ما يحكى عن ابي علي من انه
حق في القيميات بعين الثمن وفي الدروس انه رواية هو دون الفتوى للامامية وعن الايضاح ان
الاجماع على خلافه قلت بل لعل اعتباره يؤدي الى تعليق الشفعة على امر غير معتاد والشفيع لعدم
امكان الاخذ بعينه الا ان يتملكه من البايع وليس ذلك من فعل المعتاد والمراد بالمماثلة مساواته
للثمن الذي وقع عليه العقد قدرا او وصفا زاد على قيمة العين او نقص لان العين هنا بالثمن نطقت
به الاخبار وفتاوى الاصحاب لا بالقيمة وان كانت هي الاصل في المعاوضات العرفية ولو زاد المشتري
في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار لم يلحق الشفيع الزيادة قطعا لكونها بمنزلة الهبة وكذا
لو نقص البايع لكونه بمنزلة الابراء وكذا لو لحقت الزيادة والنقيصة في زمن الخيار فالمشهور ان ذلك
لملك المشتري الجميع بمجرد العقد فلا عبرة بالزيادة والنقيصة بعده خلافا للمحكي عن الشيخ فيلحقها
حكم بالحاقهما بالثمن في مدة الخيار بناء منه على عدم الملك الا بعد انقضائه على ما هو المشهور
واحتمل بعض المتأخرين عدم بناء الالحاق على ذلك لعدم تفصيل الشيخ هنا بين خيار البايع والمشتري
ولو كان الحكم مبنيا على مذهبه لاحتمل الالحاق بما اذا كان الخيار للبايع وغيرها فيه ولا يلحق ارش
العيب بالنقيصة بل يسقط عن الشفيع ان اخذه المشتري ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع اخذه لكن
بعد اقامة كفيل اذا لم يكن مليا على المشهور بين الاصحاب خلافا للمحكي عن الشيخ وابي علي والطبرسي
فخيروه بين اخذه بالثمن حالا او الصبر الى انقضاء الاجل فياخذ الثمن عند حلوله وربما قيل
بتخيره بين الامرين الا ان المشهور اقوى الاول لان الشفيع يقوم مقام المشتري فلا يلزمه الا ما
لزمه لكنه ان لم يكن مليا فللمشتري الزامه بالضمين جمعا بين الحقين ولان تاخير الاخذ الى حلول الاجل
مناف لفورية الشفعة وجعله من الاعذار التي لا تنافي الفورية في حيز المنع او لا يراد من التاخير
سوى حفظ مال المشتري وهو على تقدير عدم الملاءة متحقق باخذ الضمين مع ان مراعاة حال
المشتري انما هي لدفع الضرر عنه وقد لا يلتزم بدفعه هنا الا بالاخذ على تراخ مناف للشفعة بيتن

مؤجلا مع انه مخير بين تاخير الاخذ ودفع الثمن حالا الا ان يحمل على لزوم قبول المؤجل بدفعه حالا او هو
محل نظر كما مر قوله ولا يلزم بدفع من ولا الزام وكالة او اجرة اي لا يلزم الشفيع غير الثمن وان كان من توابعه
كالدلالة ونحوها وهذا مما لا خلاف فيه ولا اشكال لقوله هو احق من غيره من الثمن قوله ثم ان
كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا فعليه قيمته يوم العقد اما ثبوت الشفعة ان كان الثمن مثليا والزام
الشفيع بمثله فجمع بينهم على الظاهر وقد استفاض نقل الاجماع عليه بل لعله لا خلاف فيه بين المسلمين
واما ثبوتها ان كان قيميا والزام الشفيع بقيمته فهو المشهور وذهب اليه المفيد والشيخ في احد قولي
ادريس وابو الصلاح وابن زهرة والمحقق والعلامة في جملة من كتبه واكثر المتأخرين بل في الايضاح
عليه عامتهم استنادا الى العموم الادلة وصدق دفع الثمن برد القيمة في القيميات كصدقه برد المثل في
المثليات عرفا وعادة مع ان الثمن المشروط في قوله هو احق بالثمن لا يراد حقيقته جزما بل ان الاقرب
المجاز الى المثل مثله وكذا الى القيمي قيمته سيما بعد ملاحظة قيام القيمة مقام العين في الذميات
والغصب وغير ذلك مضافا الى ان ما فيه سقوط الشفعة في مثله لعله الشفعة وحكمها وهي الضرر
اللاحق للشريك مع ان سقوطها بذلك يؤدي الى سهولة الامر في اسقاطها لا لاكتفاء بمجرد ضم شيء
من القيمي وان قل الى الثمن وهو موجب لذهاب الشفعة وبقاء ضرر الشريك دائما وعن الشيخ في
الخلاف وابن حمزة سقوط الشفعة ان لم يكن الثمن مثليا واختاره في المختلف وجامع المقاصد والكفاية
وفي الدروس انه والقول الاول مشهور انه بل عن الخلاف دعوى الاجماع عليه ولا حجة له سوى الاصل
والاجماع المذكور وخبر علي بن رئاب المروي في الفقيه وفي الاسناد في الصحيح وفي التهذيب
في الموثق عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبز وجوهر قال ليس لاحد فيها شفعة
لكن الاصل منقطع بالاطلاقات وصدق الاخذ بالثمن على دفع القيمة التي هي العوض في جميع المعاملات
والاجماع الموهوم مع وهنه بعدم العثور على موافق له ممن تقدمه وبمصير من عبره من المتاخرين
الخلاف الى خلافه واعراض اكثر المتاخرين عنه حتى انه في الدروس من انه والاولان منهم لعله
اراد انه معروف فانه ما ثمة وهنا خبر ابن رئاب فهو موهون باعراض المشهور عنه مع صحة سنده وباضطرابه

متنه

٢٤٤

متنه فان المروي عن الكافي في كشف الرموز انه رواه في رجل اشترى دارا برقيق ومتاع البز بضعف
والدلالة فلا تطوير فيه بان المانع كون الثمن قيميا لجواز ان يكون نفي الشفعة فيه عن الجار او لا نقص فيه
للشركة ومن احتمال الدار من حيث عدم قابليتها للقسمة او غير ذلك من اسباب المنع فدعوى ان الخبر نص
في الباب غير متجه كدعوى ظهوره في محل البحث من حيث تعداد العروض المذكورة في السؤال فانه تعداد لا
يتحقق ارادة السؤال عن الشفعة فيما لو كان الثمن من العروض لامكان التعبير عنه بلفظ العروض من غير
احتياج الى تعداد ما بدل ثمنا فيمكن ان يكون تعدادها تطلعا وشكاية لحال الرجل في انه تلف ودفع
عنه من العروض وما يقل وعليه من دقيق ومتاع وغير ذلك وان كان جاره يريد الشفعة في داره بقول
ابي حنيفة والثوري وابن شبرمة وابن ابي ليلى الذين هم قضاة الكوفة في عصر علي بن رئاب فقال ليس الشفعة
لاحد فيها ومن المحتمل الحمل على نفي الشفعة في الخبر عن العروض المذكورة لاختصاص الشفعة ونحوها بالارض
وتوابعها وهو على اي تقدير فالخبر المذكور لما فيه من الوهن والقصور عن ناهض في تقييد الاطلاقات المجبورة
بفتوى المعظم وقاعدة الضرر التي اشير اليها في اخبار الشفعة مع انه لو اعتبر في الشفعة ان يكون الثمن مثليا
لتوفر نقله كتوفر ما اعتبر فيها من عقد البيع وتحقق الشركة وانتفاء القسمة وغير ذلك لمسيس الحاجة
وعموم البلوى مع انه لا اثر لذلك في الاخبار سوى الخبر المذكور وان ادعى في الخلاف اجماع الفرقة واخبارهم
فلعله اشار باخباره المرسلة الى ما ورد من ان الشريك احق بالثمن بناء على انصراف الثمن الى المثل وهو ممنوع
كما عرفت وينبغي ان يقول يوم العقد على ان الاعتبار بالقيمة يوم البيع لانه يوم اثبات العوض واستحقاق
الشفعة فلا اعتبار بزيادته ونقصانه بعد ذلك ويحتمل اعتبار قيمته يوم استقرار العقد بانقضاء
الخيار ويحتمل اعتبارها يوم المطالبة بالشفعة والمعتمد الاول قوله وهي على الفور اعتبار الفورية في
الاخذ بالشفعة بحيث لو اهمل سقطت هو المشهور بين الاصحاب تحصيلا ونقلا بل عن التنقيح عليه الفتوى
وعن الخلاف عليه اجماع الفرقة استنادا الى الاصل في غير محل اليقين والنبوي عن النبي صلى الله عليه وآله الشفعة
كحل العقال وفي آخر الشفعة لمن واثبها والصحيح ابن مهزيار المتقدم المشتمل على تاجيل من طلب الامهال
في احضار الثمن ثلثة ايام فان احضره والا فلا شفعة له فان انفساخ شفعته وسقوط الاخذ بها

بعد الثلثة مناف للتراخي والى قاعدة الضرر النافية في حيا والشفعة فان جواز التاخر معم ضرر في حق
المشتري لاقتضائه امتناع المشتري من التصرف ببناء او غرس او توطين النفس على تصرفه مؤبدا ذلك
بان بناء الشفعة على التضييق ولذا تثبت في عقد دون عقد وفي محل دون محل وبما ورد من ان العائب
على شفعته لو منع توهم سقوطها بالتاخر ولا يخفى منافي هذه الدلائل من القصور عن لحاظ ضد الاصل
بالاطلاقات القاضية بثبوت الشفعة معم بل بثبوتها في الجملة كاف في انقطاع الاصل المعاضد ما استصحاب
بقاء ما ثبت والنبوي انها مان لا يصح الاسناد اليه مالم يتلقاها الاصحاب بالقبول ويستدلوا اليها
في الحكم المذكور واما محفو سواد فقيها معنويين بما هو المشهور فلا يصلح ان يكون دافعا لما فيه من الفحوى
مع منافي دلالتهما على المبادرة من المناقشة والوهن باحتمال كون التشبيه بحل العقال كناية عن الاستقلال
بمجرد الاخذ لا كناية عن الترغيب وان يكون معني وانشطها احد بها لاخراج من اعرض عنها واسقطها
واما خبر ابن مهزيار فلا دلالة فيه الا على حكم الثمن الذي يعتبر في الشفعة بذله فلو لم يبذله بعد
بعد حضوره اجل ثلثة ايام فان لم ياته به سقطت شفعته ان لم يكن قد اخذ بها قولا والفسخ
او فسخ ان كان قد اخذ ولا دلالة فيه على فورية الاخذ ولا على تراخيه بل قد يشتم الفريقان على العمل
بمضمونه وربما كان مفاده انشاء الاخذ بالشفعة قبل احضار الثمن بناء على ارادة ذلك من طلب الشفعة
ولو حمل على مطلق الارادة لم يكن فيه دلالة على تعجيل الاخذ ولا على تاخيره بل ربما لا وجه له اخبره ثلثة
بناء على الفورية او لعدم حضور الثمن من الاعذار المسوغة لتاخير المطالبة بالشفعة والاخذ بها
بناء على الفورية واما قاعدة الضرر فيبطلها اقدام المشتري على شراء ما فيه حق الشفعة او لا مع
انه مندفع بجواز التصرف وايجابا ومقتضيه لو حصل بدفع الارش او باسقاط شفعة الشفيع بعرض
المشتري المبيع عليه فاما ان يشفع او يدع فان لم يشفع فلا شفعة له بناء على ان العرض المذكور من
مسقطات الشفعة وان لم نقل بالفورية كما يظهر من المرتضى وان كان فيه ما فيه واما المؤيدات التي
اليها مقصورها عن التاييد فلذا ذهب المرتضى وابو علي والصدوق وابو الصلاح وابن زهرة وابن ادريس
الى التراخي وجواز التاخير بل عن الانتصار والاجماع عليه عملا بالعمومات والاطلاقات من غير معارض

وهو

وهو معتبر لولا الشهرة العظيمة واعتضادها بما انتهى اليه من ادلة المشهور التي يصلح منها الثلث في
تناول الاطلاقات للاخذ بها متراخيا سيما بعد كونها غير مسوقة لذلك فتعين الاقتصار على مخالف
الاصل على مراعاة الفورية لانها المتيقن. **قوله** واذا علم واهمل طلبه لا اشكال في بطلان الشفعة مع
٣٤٥ التاخر والاهمال بناء على فوريتها الا ان الاهمال لا يصدق بمجرد التاخر وانما يتحقق بالتاخر مع
انتفاء الاعذار العقلية والعادية فلا يبطل لجهل البيع او لجهل استحقاق الشفعة به مما يمكن في مثله
ذلك في حقه او لجهل الفورية بناء على اشكال من حيث امكان الاخذ بها فورا فيصدق الاهمال بالتاخر
وكذا لا يبطل صدقه مع النسيان وان عده في الروضة من الاعذار وسيأتي ان الاخذ لا يصح الا مع
العلم بالثمن فلو اخر لجهله به كان وعذرا غير مناف للفورية كما بينا فيهما مانع الحبس والمرض والغيبة
حيث لا يمكنه التخاصم ولا المباشرة او التوكيل بل لا ينافيها التاخر للتلبس بعبادة واجبة او مندوبة
صلوة او غيرها او للتلبس بالاكل وشرب او استحمام او عيادة مريض او تشييع جنازة ونحوها التي من الاعذار
العرفية والعادية على ما يستفاد من الاصحاب وان كان كثير منها مناف للفورية المعتبرة في هذا المقام
من التاليف والاحكام نحو التاخر الى النهار لو بلغه الخبر ليلا ونحو الانتظار بما عزمها عليه ونحوه لدين
الا عادة المنع وبزوجه لديه من المباحات حتى لو امكنه التوكيل في مثل ذلك لم يجب لقصر الزمان بخلاف
ما لو طال او لو لم ينتظر كالمرض والحبس فلزمه التوكيل وكان هذا الوجه في هذه المسامحات هنا
عدم ثبوت الفورية بالنص حتى تعتبر الفورية الزمانية على حسب الامكان وانما المراد منها ما ثبت
عليه معه اهمال الشفعة المساوي عن الاعراض عنها عرفا وعادة فيجب المبادرة على هذا الوجه ولا ينقد
اطلاق نصوصها القاضية بجواز التاخر الا بهذا القدر فانه المتيقن من الاطلاقها نفيد خلاف
الاصحاب على عدم اعتبار ما زيد على هذا القدر ويمكن ان يدعى ان الفورية متحدة في الجميع والعذر لا ينافيها
الا ان اعذار كل فورية بحسب متعلقها وكيفما كان فلو علم الشفيع بالبيع من اي طريق كان فاهمل سقطت
شفعته وكذا الكلام فيما يمكن اثباته به كالتواتر او شهادة شاهدين عدل او استفاضته مفيدة للظن
الغالب فلما ثبوت البيع بها خلافا لما يظهر من المسالك تحصل بالوعد بطريق الاستفاضة عدا اثم

لتحقق الخلاف بينها والظاهر ان وجود الخلاف مع ثبوت الثبوت بذلك عند الحاكم لا يمنع صدق الاهمال
ولو اخبره عدل واحد لم يبطل شفعته لعدم ثبوت البيع به شرعا بل يعتبر فيه التعدد لانه واحد فيما اشتمل
على خصومة لا يثبت الا بالشهادة والظاهر ان اعتراف المتبايعين بالبيع كاف في ثبوته فلو اهمل الشفعة معه
بطلت كما يظهر من المسالك بل الظاهر الاكتفاء باعتراف البايع وحده حتى لو ادعى البيع فانكر المشتري
حلف لم تسقط الشفعة ولزم طلبها فورا ولو اخر الشفيع فادعى حصول العذر من مرض او حبس او غيبة
فانكر المشتري فان علم حصول العارض الذي ادعاه واختلفا في صلاحيته لمنع الشفيع من المبادرة
قدم قول الشفيع لكونه لا يعرف الا من قبله غالبا وان لم يعلم واختلفا في وجوده فالقول قول المشتري
لاصالة عدمه وعدم اصالة الشفعة كما نبه عليه في التذكرة وان نقل عنها خلاف ذلك وان اعتذر المشتري
بجهل الشفعة او بجهل فوريتها بناء على معذوريته بذلك قبل قوله ان كان قريب العهد بالاسلام
او نشاء في بادية لا يعرفون الاحكام كما عليه في التذكرة ايضا **قوله** ولا تسقط الشفعة بالفسخ المتعقب
للبيع بتقايل او فسخ بعيب قد تضمن حكم المصنف ببقاء الشفعة بعد التقايل امرين احدهما جواز الاقالة
من المتبايعين وان تعلق حق الشفعة بالمبيع والظاهر انه مما لا خلاف فيه كما لا خلاف في جواز سائر
التصرفات من المشتري وان كانت منافية للاخذ بالشفعة كالوقفية والهبة والصدقة ونحوها الى
الا ما يحكى عن بعض الشافعية من المنع عن التصرفات المنافية لها فالحق الشفيع بحق المرتهن وهو
محض قياس لا دليل بل الظاهر ان حق الشفيع كحق الواهب في الموهوب وحق الزوج في المهر بالطلاق
قبل الدخول كما ان حق رجوعهما لا يمنع المتهب ولا الزوجة من التصرف فيهما فكذا الشفيع مضافا الى
ما قيل من ان الاقالة غير منافية لحق الشفيع لامكان اخذ الشفعة من البايع بعد الاقالة ولا دليل
على تعين الاخذ من المشتري ولذا لا يصح الاخذ بالشفعة لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن وتحالفا
وهنا اذا ادعى المالك البيع وانكر المشتري وفيه نظر لمعلومية عدم تسلط الشفيع الا على انتزاع
الملك من المشتري وما ذكره من صورتي التحالف ودعوى المالك لا ينافي الاخذ منه فانه لم يثبت الملك
في حقه الا ان اقرار المالك بالبيع سلط الشفيع على الاخذ بالثمن من المشتري بزعم المالك ولم

بعلم

ضعفها بد

بعلم ثمنه من اخذه لرياده لان المالك كما هو ثم ثانيهما ان اعتبار الاقالة في الشفيع اذا طلب الشفعة فسخها
كما لو فسخ سائر تصرفات المشتري المنافية لحقه من وقفية وهبة ونحوهما لتعارض الحقين واستحقاق حق
الشفيع لتوقفه على نفس العقد بخلاف الاقالة فانها حادثة بعد العقد وفي كون الفسخ متعلقا بالجميع
٣٤٦ النسبة الى الشفيع خاصة لان المشتري اخذ البايع ما دام حين التصرف فيترتب اثر تصرفها عليه وجهان
بني عليهما المصنف في حواشيه فقال ويظهر الفائدة في النماء فعلى الاول انما الثمن بعد الاقالة والاقالة للبايع وانما
المبيع للمشتري وعلى الثاني بالعكس ولا يخفى ضعف الوجه الثاني كما ضعفه جماعة لان الاقالة فسخ والفسخ
لا يتجزى فكما لا يتصور ان يكون فسخا في حق البايع خاصة او المشتري خاصة فكذا الشفيع فالوجه الاول
لكن لا على ما يظهر من حواشي المصنف من ان الفسخ ابطال الاقالة وجعلها سببا مستقلا اذ لا دليل عليه بل
الظاهر انه جار على مقتضى القاعدة في الفسخ بعيب او غيره من كونه ابطال المتفسخ من حينه فيظهر الثمرة الفائدة
في النماء واما ما حكم به المصنف ايضا من عدم سقوط الشفعة بفسخ العيب ظاهرا فهو المعروف بينهم اما لا سبقية حق
الشفيع هنا من حيث انه تقدم عليه لانه يتوقف على تحقق الخيار بالعيب كما يظهر من جماعة بناء على عدم ثبوته
الا بعد العلم بالعيب وانه كان اصل النظر كما مر في محله او لقوة حق الشفيع هنا من حيث انه تقدم بهما ولو وجه على
المتبايعين اذ لا يبطل حق البايع لو كان المعيب الثمن بل ينتقل الى البدل المخير فيه بين الارش وبين الفسخ واخذ
العين ولا حق المشتري لو كان العيب في الشقص اذ لا فائدة له في الفسخ سوى اخذ الثمن والغرض حصوله من
الشفيع فلا يفوت عليه بخلاف ما لو قدم حق صاحب الخيار فانه يقتضي اسقاط حقه رأسا وكفى بهذا
مرجحا في محل تزاحم الحقوق فان الجمع بين الحقين مهما امكن فهو اولى من اسقاط احدهما بالكلية خلافا
لما يظهر من بعض الافاضل من التامل في الترجيح بذلك كما لا وجه للنقض عليه بما مر من ان الخيار اذا كان للبايع
فشفع الشفيع كان له فسخ البيع او الشفعة فان ما تقدم انما هو حكم ما عدا العيب من الخيارات المقارنة
للعقد كخيار الاشتراط ونحوه والفرق بينه وبين خيار العيب ثم فان ما هنا من خيار العيب ضرر البايع
بعيب الثمن ولو لا ما لم يكن له خيار اصلا ووجوده مع شفعة الشفيع مندفع بما عرفت بخلاف الخيار المشروط
فان المشروط معتبر العقد مقدار لا باشتراط الخيار والتعلق غرضه بنفس العين وفي اخذ الشفيع لها تفويت

لطرو الشفيع ايضا الا ان الزام هنا يجب لتقديم البايع الا ان التزلزل في ملك المشتري موجب للتزلزل في ملك الشفيع حيث انه متلقى له من المشتري فلا يملك الا على نحو ما ملك ولو اختار البايع ارش الثمن المعيب من المشتري رجع المشتري به على الشفيع ان كان اخذ بقيمة المعيب او بعيب مثله والا فلا لانه ما استقر عليه العقد تماما فما هو المعيب مع الارش وكذا لو اخذ المشتري ارش الشقص المعيب فان كان بعد اخذ الشفيع بما على الارش بتمام الثمن رجع به الشفيع على المشتري وان كان قبل اخذه الشفيع بما عدا الارش اما لو عفى البايع عن الرد والارش لم يستحق المشتري على الشفيع الا قيمة المعيب على الاقوى لانه الثمن الذي وقع العقد واستقر عليه خلافا للتذكرة فقوى ان الشفيع يدفع قيمة السليم معللا ان ذلك نوع اسقاط من الثمن بعد العقد فلا يلحق الشفيع وضعف بان الثمن عرفا هو ما نقضه البيع وليس هو سوى المعيب وتنزيل الارش منزلة الجزء مع اخذه وانضمامه الى المعيب لا يقتضي تجزيته من الثمن مع اسقاطه وفي الروضة انه لو ترك البايع الرد والارش مع اخذ الشفيع له بقيمة العيب او مثله فلا رجوع له بشيء لانه كاسقاط بعض الثمن وهو كما ترى من عدم مطابقة التعليل للحكم فان كان بعض الثمن يقتضي رجوع المشتري بقيمة السليم على الشفيع لا الاكتفاء بقيمة العيب فانه انما يسقطه البايع من الثمن كلا او بعضا مختص بالمشتري ولا يلحق الشفيع فكيف لا يرجع عليه بشيء مع اخذه بقيمة المعيب ولو تجدد خيار بعد البيع فالظاهر تقديم حق الشفعة عليه لا سبقية اما لو طرأ انفساخ العقد شرعا كالتلف الثمن المعين قبل قبضه ففي التذكرة تبعا للمحكي من ط بطلان الشفعة وفي الخ صحتها وفي القواعد ان اخذ الشفيع قبل التلف صحت والا بطلت على اشكال وتردد في الشرائع في البطلان وحكي في الدروس الاحوال الثلثة ولم يرجح لعل الاقوى البطلان مط لان الانفساخ الشرعي لا يقصر عن الفسخ بحق الخيار المقارن للعقد كخيار الاشتراط ونحوه مما مر ان فسخ البايع به موجب لبطلان البيع والشفعة وان كان قد اخذ بها الشفيع ولا يجري الانفساخ بالتلف مجرى الفسخ بالاقالة او رد المعيب لتمكن الشفيع من فسخ الاقالة والرد فيرجع الشقص الى المشتري ويأخذه الشفيع منه واما الانفساخ القهري فلا يتصور نقضه وابطاله حتى يعود المبيع الى المشتري فيأخذه منه

احذه

٢٤٧

اخذه من البايع منافيا لما سبق من ان الاخذ بالشفعة لا يكون الا من المشتري وبالجملة فالشفعة تابعة لصحة البيع فتمضي بامضائه وتنتقض بانتقاضه ووجه ان اخذ الشفيع قبل التلف صحح اخذه وبقي مراعى كالاخذ في مدة الخيار فان وقع التلف قبل الاقباض بطل البيع والشفعة كالو فسخ صاحب الخيار والا لم تبطل فلا وجه للتفصيل بين الاخذ قبل التلف وبعده ومثله كما لو تلف المبيع بيد البايع قبل القبض فانه لا شفعة فيه وان اخذ بها الشفيع قبل التلف **قوله** ولا ما العقود اللاحقة كما لو باع المشتري او وهب او وقف فيأخذ بالبيع الثاني لا خلاف في صحة تصرف المشتري بالمبيع وان تعلق به حق الشفيع من غير فرق بين المنافي لحقه من التصرفات كالوقف والهبة ونحوهما وغير المنافي الا ما يحكى عن شذ من المخالفين فمنع من التصرف المنافي قياسا لحق الشفعة بحق الرهانة ولا اعتداد به بل لعل على خلافه اجماع المسلمين والقياس باطل مع وجود الفارق فان الرهن للاستيثاق فيمنع من منافياته بخلاف ما نحن فيه ولا يقتضي سوى استحقاق التملك كاستحقاق الاهن الرجوع بالهبة واستحقاق الزوج الرجوع بنصف المهر بالطلاق قبل الدخول واستحقاق غرماء المفلس الرجوع بالزكاة ونحو ذلك مما لا يمنع نفوذ تصرف المالك في ملكه لتعلق شيء من الحقوق به كالاعتداد بما يحكى عن بعضهم من تحقق التصرف وسقوط حق الشفعة بما ينافيها لانتفاء التربص فيها ونهما وعموم ادلتها ولانعقاد الاجماع ظاهرا بل المحكي صريحا من ط وكذا ظاهر اتفاق المسلمين على بقاء حق الشفعة بعد التصرف مط وان كان منافيا كجعله وقفا او مسجدا فيبطله الشفيع باخذه بالشفعة وظاهرهم عدم توقف الاخذ على تقدم الفسخ بل الفسخ متحقق بنفس الاخذ فيكون انتقال الشقص الى المشتري ومنه الى الشفيع من الترتب الذاتي وان اتحد السبب لذاته بل الظاهر عدم تأثير سبب الفسخ لو تقدم على الفسخ الاخذ وربما اوجب بطلان الشفعة حيث يكون التشاغل به منافيا للفورية واما ما لا ينافي الشفعة كبيع كل من البيعات والبيوع لو تعددت العقود لان كلا منها سبب تام في تعلق الشفعة فيتخير الشفيع في الاخذ بينهما فان اخذ بالبيع الاول بطل ما بعده وان الاخذ بالاخير صح وما قبله وان اخذ بالوسط صح ما قبله وبطل ما بعده ولولا ما يظهر من اتفاقهم على التخيير لامكن القول بتعين حصة في البيع الاول لا تحاد حق الشفعة وثبوت استحقاقه

٢٤٨

بالبيع الاول فلا يتجدد ثانيا لاستحالة تحصيل الحاصل ولامتثاله بقاء ما كان ولامتثاله عدم الشفعة الا في العقد المتقدم وهو البيع الاول لانه المتبادر من ادلتها وكيف كان فلو اخذ بالشفعة بعد ان بيع المشتري فلا ريب في ان الثمن المدفوع من الشفيع للمشتري كما ان منه ملك البيع عليه لو ظهر مستحقا واخذ من الشفيع وكذا لو وهبه المشتري فاخذه الشفيع فان الثمن للواهب المشتري لان المتهب من اهل الهبة لازمة او جائزة مع تصرف او بيع من يعيب كما هو المعروف بين الاصحاب بل لا يعرف خلافه الا من الفاضل في القواعد حيث قال والثمن للواهب ان يأخذه ان لم تكن لازمة والا فاشكال ووجه الاشكال ما ينشأ من بطلان الهبة بالاخذ لسبق حق الشفيع ومن انها لازمة من جهة الواهب فيمكن الجمع بين الحقين اذ حق الشفيع انما هو في العين ولا تعلق له بابطال من واش فيأخذ العين ويبقى الهبة بحالها فيكون ويكون المراد من الابطال اختصاص المتهب بالعين لا ابطال اصل الهبة وعن الايضاح ان هذا هو الاصح وعن حواشي الشهيد انه المنقول لكنه كما عرفت خلاف المشهور وخلاف ما تقتضيه الاصول وقول الشفعة فان الاصل عدم تجزي الفسخ والاصل عدم استحقاق الشفعة الا من المشتري وعدم استحقاق عوض الثمن والحكم بان الاخذ من المشتري والدرك عليه ومنا في الحكم ببقاء الهبة لاقتضائها بقاء ملك موهوب في الجمع بين الحقين على ما ذكر يقتضي دفع قيمة العين للمتهب لا دفع الثمن الذي اشتراه الواهب الا ان ما ذكر من امكان الجمع بين الحقين لا يختص بالهبة اللازمة لامكانه في الجائزة ايضا حيث لا يرجع الواهب بالهبة فالتفصيل بين الصورتين لا يخفى ما فيه على المتامل واثر العالم **قوله** والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه فيرجع عليه بالثمن اي لا يرجع الشفيع بالملك الا من المشتري وقد ذكر لو ظهر مستحقا للغير على المشتري فيرجع الشفيع عليه بالثمن وبالجملة فان مر المالك بلا خلاف ولا اشكال في ذلك بل في الغنية كما عن السرائر الاجماع على الحكمين ما من خلاف النصوص من الحوض المأخوذ منه بالخصوص الا ان المتبادر منها هو الاخذ من المشتري لانه المالك بالفعل بعد ثبوت البيع الذي هو السبب في ثبوتها بل لا يتصور الاخذ من البايع على هذا التقدير الا بعد فرض فسخ الشفيع للبيع ولا دليل على سلطنته على فسخ البيع اللازم بل لو فسخ الفسخ والاخذ من البايع مع علمه بعدم استحقاق الاخذ منه لم يصح وكان بمنزلة الاخذ من

الاجنبي

الاجنبي نعم لو كان جاهلا بموضع الشفعة وقصد الاخذ بها صح وان اخطأ في الاعتقاد والقصد وكان معتبر بمنزلة ما لو الم ينو الاخذ من احد اصلا فالثابت من الاول كونه الاخذ من المشتري لان قصد الاخذ منه معتبر في تحقق الشفعة ولا يعتبر في الاخذ من المشتري ان يكون المبيع في يده بل لو وجد بغائبه في يد البايع كلف بالاخذ منه وكان بمنزلته وكما على المشتري لانتقال الملك اليه واحدا منه وقيام قبض الشفيع وان الحق الشفيع ذلك بلا خلاف واحد الا ما يحكى عن بعض العامة من تكليف المشتري بذلك لان كونه بمنزلة المشتري من المشتري وعند منع واضح اولا ولا دليل في المقام على لزوم ذلك للمشتري سيما بعد الاخذ منه فحيثا من جزء مكانه فلا ينبغي نظره بما ملك بالنواحي والمقاومات فانما انتقل اليها بحكم الامانات التي يجب تأديتها الى اهلها واما ما يستحق بالشفعة الا دفع البدل عنه او الشفيع اخذه حيثما بل لو فرض امتناع القابض البايع من تقبيضه لم يكلف المشتري بانتزاعه منه ودفعه الى الشفيع هذا وقد يتوهم تخصيص قاعدة اخذ الشفيع من المشتري بصورة التحالف عند التخالف كما لو اختلف المتبايعان في جنس الثمن او في قدره ولا بينة على القول بالتحالف فيه وانفساخ البيع التحالف فان حق الشفيع باق فللشفيع اخذه بما حلف عليه البايع لاخذه منه هنا على ما صرح به العلامة في عدة كتب المتجه انه ان الانفساخ بالتحالف ان كان انفساخا من حينه واقعا فسخ الشفعة لما عرفت في صورة الانفساخ بتلف الثمن المعين قبل القبض من ان المعتبر مضي البيع في الشفعة وما فانه الفسخ والانفساخ لبقائها الا فيما يمكن الشفيع من ابطاله كالفسخ بالاقالة ورد المعيب وان كان انفساخا حكميا بمعنى عدم ثبوت البيع والابتياع في حق المتحالفين خاصة دون الشفيع فيصح ثبوت الشفعة لا تفاقهما بالبيع وان اختلفا في الثمن الا ان اللازم ح اخذه من المشتري بما حلف عليه وذكر عليه من اخذه لها بما قاله وعلى المشتري ضمان قيمة الشقص للبايع الا ما حلف البايع عليه لا تعلقه بحلف المشتري فيكون فائدة التحالف دفع ما يدعيه كل منهما على صاحبه من الثمن ايضا فيما اذا رد البايع الثمن المعين بالعيب بعد شفعة الشفيع فلا تخصيص حينئذ لقاعدة الاخذ من المشتري كما لا تخصيص لها فيما اذا ادعى البايع الثمن المعين او ادعى البايع البيع فانكر المشتري وحلف فان

الشفعة في مثله اما ان تكون ساقطة لعدم ثبوت الابتياع او ثابتة بمعنى ان للشفيع اخذ الشقص بالثمن وانتزاعه من ملك المشتري مع اخذه للبايع ما اداه وان لم يكن رد كرعلى احد وح فان اقر البايع بقبض الثمن دفعه الشفيع الى الحاكم لانه مستحق عليه ولا يدعيه احد والا كان للبايع اخذه بطريق القضاء او المقاصة ونحو ذلك قوله والشفعة يورث حق الشفعة موروث كغيره من الحقوق على المشهور بين الاصحاب بل عن ظ الانتصار وصريح السرائر الاجماع عليه لعموم ادلة الارث كتابا وسنة لاصالة عدم اختصاصها على الاموال والحقوق بل في المرسل عن النبي ص قال ما ترك الميت من حق فهو لوارثه ومثلنا ولسان الجعفري مضافا الى انها حق مالي فتورث كغيره من الحقوق المالية وانها خيار مشرع لازالة الضرر فتورث كخيار الرد بالعيب لكن المحكي عن الشيخ في بعض موضع من الخلاف والطبرسي وابن حمزة انها لا تورث لخبر طلحة بن زيد عن علي ع انه قال قال رسول الله ص لا تورث الشفعة وهو ضعيف لضعف الخبر سندا لان طلحة المذكور عامي بتري فلا ينهض في تخصيص عمومات الارث المعتضدة بالشهرة والاجماع المحكي ونفي الضرر عن الوارث الذي تثبت الشفعة للمورث ولا ينافي استحقاقها ارثا تجدد ملك الوارث والانتقال الشقص عن ملك الموروث بالموت ولا الاخلال بالعودية لو رضنت فانه مضافا الى ذلك لا استحقاق الشفعة انما هو لاستحقاقها بالاصالة لا لوثا مع ان العودية بمكن سراعا انما في المقام على وجه لا يتحقق الاخلال بها من غير عذر كما لا يخفى قوله فهي كالمال بين الورثة تقسم الشفعة بين الورثة على قدر سهامهم لا على رؤسهم بالسوية كما في تقسيم الشركاء الاصليين لو قلنا بثبوت الشفعة مع الكثرة بلا خلاف اجده بين الاصحاب الا ما قد يظهر من عبارة ط من وجود الخلاف المحتمل انه لبعض المخالفين ولا شبهة في ضعفه لان مقتضى استحقاقها ارثا تقسيمها على نسبة سهامهم والفرق بينهم وبين الشركاء الاصليين ان ثبات الشركة الاصلية سبب تام في استحقاق الشفعة ولا مدخلية لقلته ضميمة وكثرته فلا مرجح لبعض الشركاء على بعض فيجب التسوية على الرؤس لان الاصل في الشركة بخلاف ما نحن فيه فان الشريك المستحق متحد والورثة انما يتلقون استحقاقه بالارث فلا يملكون الا على قدر ما يرثونه من التركة وان لم يعتبر في شفعتهم ما يعتبر في شفعة الشفيع من اتحاد الشريك بناء على الوحدة

ولا سيو

ولا سيو ملك الشفيع على ملك المشفوع منه بل لا يبعد عدم اشتراط الملكية هنا في استحقاقهم الشفعة مثل ما لغسمة على حسب الفروض بالزوجة والولد والابوين وحكموا بان للزوجة حق الثمن مع ان المشهور حرمانها من ارث العقار ولعدم الملازمة بين عدم تملك الملك المتروك ارثا وبين عدم استحقاق الشفعة لجميل كون الشفيع باعتبار ملكية واستحقاق الشفعة تبعا للملك بناء على عموم الشفعة للمنقول ويجري على سبيل الشفعة في الموروث حق انما كان اشتراك في الشيء فيه ويستحق الشفعة تبعا للملك فلينظر قوله فلو عفوا الا واحدا اخذ الجميع او ترك لو اعفى بعض الورثة عما يستحقه من الشفعة سقط استحقاقه حصة واحتمال عدم سقوطه في تعدد الشركاء الاصليين ضعيف جدا للمنافاة لقاعدة تسلط الناس على حقوقهم ولاصالة عدم التواصل بطلب الشفعة والاخذ بها ولا يبطل بعفو استحقاق الباقين لان اسقاط احد الشريكين حقه لا يقتضي سقوط حق الاخر وان احتمل ذلك هنا كما احتمل انضم في الشركاء الاصليين بل احتمالهما هنا اقوى نظرا الى ان الشفعة المتحدة من المورث فيكون عفو بعضهم عفوا بمنزلة عفو المورث عن بعض حقه بان المعروف سقوط حقه يوم الشفعة مط لان حقه يتعلق بالمجموع من حيث المجموع لا بالبعض من حيث اشتمال المجموع عليه فتصور طريقة فاسقاطه بمنزلة اسقاط الشفعة عن المجموع لو انه بعنوان البعض واحتمال عدم سقوط شيء بعفوه عن البعض كاحتمال سقوط ما عفى عنه وبقاء الباقي خلاف ما عليه الاصحاب من الحكم بسقوط المجموع منظور فيه لرحمة القصاص وخلاف ما يقتضيه اصالة تسلط الناس على حقوقهم واصالة الصحة في عفو العافي وكيف كان فلا تأمل في سقوط حق العافي باسقاطه وبعد ان ليس له الاخذ بالشفعة والمطالبة بها كما لا ينبغي التأمل في بقاء حق غيره من الشفعة وانما الكلام في انه هل للباقين بعد ذلك الاقتصار على حقوقهم من الشفعة بما سقط العافي في مورد اعلى المشتري او ليس لهم الزام الباقين باخذ الجميع لو بعين على الجميع اختيار الباقين اخذ الجميع او الترك فالمشهور الثاني بل الظ انه لا خلاف فيه في الشركاء الاصليين نعم في التذكرة احتمالا ان حق العافي للمشتري ذكر ذلك في مسئلة الارث وعلله بانه لو عفوا معا لكان الشفعة له فكذا اذا عفى احدهما فيكون ضميمة له ومقتضى التعليل عدم الفرق في ذلك بين الشركة الاصلية والارثية مع انه جزم في مسئلة تعدد الشركاء الاصليين بان عفو

احد الشريكين يوجب اخذ الاخر الجميع او الترك وليس له الاقتصار على قدر حصته لئلا تتبعض الصفقة على المشتري وعلى اي تقدير فالوجه ما عليه المشهور من ان للشريك الاخر الاخذ بالجميع او الترك من غير فرق بين الشركة الاصلية والارثية لان حق الشفعة لحق الجميع قابل في نفسه للانقسام والتوزيع وانما المنقسم والموزع ما يؤخذ بسبب الشفعة المتعلقة بالجميع فلكل واحد اخذ الجميع بها وانقسامه على الرؤس او على قدر الفروض انما هو لتوارد الاسباب المالكة وتزاحمها عليه من غير مرجح كالبيان الايدي المتواردة على الملك المتحد فلو اسقط حقه بعضهم من ذلك استقر حق تمام الملك للاخر لحصول سببه من غير مزاحم واستقلاله وليس له الاقتصار في الاخذ على ما يقتضيه الشركة من القسمة بعد فرض زوال الشركة بالعفو بل يكون ذلك من تبعيض الشفعة والتبعيض الذي هو ضرر على المشتري كما لا يخفى فاظهر من بعض الافاضل منعا لما حكاه عن ابي علي وموضع من التذكرة من ان العافي يسقط حقه وليس لصاحبه الا ان يأخذ الشفعة فقط ضعيف جدا ولعله الوجه الضعيف الذي اشار اليه في الشرائع اولا مستند له سوى دعوى ان حق ما في قابل للتقسيط والانقسام ودعوى يبطلها الوجدان فان مفاد الشفعة ليس الا استحقاق ان يملك مال المشتري ولا يتصور توزيع الاستحقاق فيه بل يثبت عموم تمام الاستحقاق لكل من الشركاء بناء عند حصول سببه من بيع او ارث لكل منهم والتوزيع انما هو في المستحق لتعارض جهات الاستحقاق فيه كما عرفت واشكوم قصوره في الشركة الارثية فلا يجعل في الشركة الاصلية فانها مستلزمة الى الاسباب المستقلة مستقل لكل واحد منها باستحقاق الجميع بدعوى ومن يظهر بطلان الاستناد في التبعيض بان العفو يقتضي استقرار المعفو عنه على ملك المشتري وان الضرر الاتي حق هو الذي اقدم عليه بالاقدام على شراء ما فيه الشفعة المتعددين للابتياع هذا على تقدير توزيع الشفعة على الشفعاء بكون لكل واحد منهم ان يشفع على قدر حصته فلو كانوا اربعة يشفع كل واحد بربع وهذا لا ينطبق على قواعد الباب ولا يظهر من كلام الاصحاب واضعف من ذلك الاستناد الى ما يحكى عن الرضوي من انه في ورثة اصحابنا انه اذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة فلمن لم يسمح بحقه على قدر حقه لضعف هذا الخبر بالارسال سندا وقصوره ولا لته لقوة احتمال وروده فيمن اخذ ولها الشفعة فلكوا الشقص

ثم سمح

ثم سمح بعضهم بحقه بان لا كر للمشتري فانه يكون لمن لم يسمح بقدر حقه لا تمام المشفوع من حيث اخذه بالشفعة قوله ويجب تسليم الثمن اولا ثم الاخذ الا ان يرضى الشفيع بكونه في ذمته المشهور بينهم وجوب بدأة الشفيع بدفع الثمن قبل تسليم المبيع من المشتري وعللوه بان الاخذ بالشفعة انتزاع قهري يخص المشتري بدفع الثمن اليه اولا وحيث كان التعليل المذكور ظاهرا من المناسبات الاعتبارية عن اصل افق لمذاق الامامية جزم في جامع المقاصد بان الشفعة من المعاوضات يجب فيها التسليم والتسلم دفعة علا ما اصالة عدم وجوب البدأة على احد المتعاوضين قائلا ولو قيل انه هنا بان المعتبر التقابض معا كالبيع كان وجها خلاف الذي يظهر من الاصحاب فسالمهم على عدم اعطاء الشفعة حكم المعاوضة من وجوب التسليم والتسلم ولذا احكموا بعدم وجوب تقبيض المشفوع جبرا على المشتري لو لم يكن بيده بان كان بيد البائع او غيره بل يجب على الشفيع دفع الثمن ويأخذ الشقص المشفوع حيثما وجده ولا يلي المشتري سوى دفع الثمن والتخلية بينه وبينه وان لم يكن مقبضا فاذا لم يجب اقباض المبيع على المشتري فكيف يتوقع امتناع الشفيع من تقبيض الثمن قبل المعاوضة اقباضه بل يلزم اصالة الاشتراء على كل تقدير حتى لو فرض عدم تمكنه من قبض المبيع لغصب او تلف او غير ذلك ولعل السر فيه ان الشفعة حيث كانت انتزاعا لملك المشتري قهرا كانت شبيهة الفسخ بالخيار فان الفاسخ هو الذي يلزم البدأة بالاقباض لان الطالب لازالة العقد ورفع اثره فامتناعه من تقبيض ما بيده حتى يقبض ما بيد المكره على الكفالة الفسخ حيف على صاحبه والبه اشار الاصحاب بالتعليل المذكور فاستضعفا به لعله في بحله ان الشفعة لو كانت من سنخ المعاوضات لاكتفي بما قل من ذلك في الترجيح كتقديم القبض ولا حاجة في ثبوت وجوبه بان الشفيع الى دعوى توقف الملك بالشفعة على دفع الثمن وقبض المشتري له وان حكاه في المسالك عن بعضهم ونفى عنه واستجود كون الدفع كاشفا عن حصول الملك لاجل حصول السبب المملك الان دعوى توقف الملكية عليه خلاف ما يظهر من الاصحاب بل عن ظ التنقيح بعدم اشتراطه في حصول الملك كما هو ظ التذكرة او صريحها ما سبقه لك الى علمائنا وهو ظ دعوى الاجماع الذي لا يبعد في تحققه بعد ملاحظة فتاوى الاصحاب في جملة من المقامات التي منها ملك خبر

بسقوط

لحكمهم بوجوب الدفع اولاً بوجوب المشتري وصبره على التأخير بل كان تجاوزا فلو كان الشفيع مالكا ملية
في الملك لم يسقط بوجوب المشتري بالتأخير بل كان جاريا مجرى قبض العوضين الى العقد في باب مال المسلم
في البيع ومنها حكمهم فيما لو كان الثمن مؤجلا بان للشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة الكفيل كقبل الاجل لكن
مليا فان هذا هو المعروف من مذهبهم حتى نسب اليه القول بتوقف الملك على الدفع ومن ذهب الى
وجوب دفع الثمن حال الاخذ بالشفعة قبل حلول الاجل فانما علل ذلك بعدم تمادي الزمن لا بتوقف
الملك على الدفع ومقتضى فتاوى الجميع عدم توقف الملكية عليه كما هو ظاهر ومنها ايضا عدهم فقد
الشرائط بالنسبة الى ما يتعلق بالثمن على اشتراط اداء الشفيع عليه او بذله ولا نحو ذلك لا نشترطه وبعد
فلو كان الدفع معتبرا لذكروه في الشرائط بل الاكتفاء باشتراط عدم اعتبار والقدرة والبذل الذي صرح
غير واحد بانه من شرائط الاخذ فلو ماطل الشفيع فللمشتري الفسخ لئلا يتضرر بالصبر والانتظار لان
الثمن من حقوق المشتري فله التأخير وهو كالصريح في اعتبار امر سوى القدرة والبذل وليس في
الادلة ما يدل على انه لا بد منه اذ ليس فيما ورد من ان الشريك احق من غيره بالثمن دلالة على انه لا بد من اعتبار
بذل الثمن في استحقاق الشفعة ولا في صحيح ابن مهزيار المتضمن لتأجيله بالثمن ثلاثة ايام لو ادعى
غيبته على انه لا بد من اعتبار قدرته على الثمن وبذله والتأجيل المذكور لاستعلام حاله من القدرة
وعدمه لما طال به المطل والا على عدم اعتبار الدفع في الاخذ بالشفعة ايضا اذ لو كان معتبرا لنافى
التأجيل خوفا من المسألة منه لو توقف الدفع الا ان يدعى بان دعوى الغيبة من الاعذار العرفية المنافية
للفورية فلا وجه لاستثنائها وبعضهم الى الصحيح المذكور في اثبات شرطية الدفع في الملك لما ينسب الى ظ
جماعة من الاصحاب منهم الحلي وابن زهرة والعلامة من قدمائهم لكنا لم نحقق الخلاف من عباراتهم ولا في اثبات
شرطية احضار الثمن في استحقاق الشفعة لعدم الدليل عليه ايضا لقصور الصحيح المذكور عن افادته
كما هو غير خفي على المتأمل قوله ولا يصح الاخذ الا بعد العلم بقدره وجنسه فلو اخذ قبل العلم لغا او قال اخذته بمهما
كان لا يصح اخذ الشفيع مع جهله بالثمن قدرا او جنسا او وصفا وان رضي به كان باطلا
مما يلغو ومنه ما يفضي بالمشتراة وهو مما لا اشكال ولا خلاف الا ما يحكى عن المعتبر الاول بل وبعض

الافاضل

٢٥١ الافاضل ممن تأخر ولعله في غير محله بعد ما يظهر من تسالمهم عليه وعلى اعتبار العلم بالشقص ايضا ولو
في من تعرض لاعتبار الاخير وخلت جملة من الكتب عن التعرض لمعلومية الثمن والمثمن معا وكان عدم التعرض
للاخير لندرة فرض الجهل به من الشريك فيما هو مشترك بينهما او للاستغناء عنه في الثمن على وضوح الحكم فيه
ومعلومية اطراده في سائر المعاوضات من بيع واجارة وغيرهما لعموم الدليل وهو النهي عن الغرر المتناول
لكل معاوضة كما سبق التنبيه عليه وقد استند اليه هنا كل من تعرض لاعتبار معلومية الثمن نظرا الى ان
الثمن يزيد وينقص والاغراض تختلف فيه قلة وكثرة ورديا وجيدا ولان هذا الشفيع فيه معا اتفاقا
على اسقاط الزائد بعد العقد فالاخذ به كيفما كان غرر ومخاطرة من الشفيع ولا يجدي رضاه وتحمله
على الغرر في دفع ما نهى الشارع عنه وابطال المعاملة المشتملة عليه ولا رضاه بدفع ما يعلم اشتماله
على الثمن اذ لا يلزم المشتري قبوله لما فيه من المنة باعطائه الزائد وان عين الثمن الذي لا يتسلط الشفيع
على انتزاع الملك منه الا ببذله من غير زيادة ولا نقصان الا ان بطلان الاخذ حين الجهل لا يسقط الاخذ
منه بالشفعة معا لامكان استعلامه واخذه بعد العلم به ان لم يكن التأخير بالاخذ حين الجهل منافيا
للفورية كما لو كان جاهلا ببطلان الاخذ مع الجهل بالثمن نعم لو فرض جهله مع عدم امكان الاستعلام
لجهل البائع والمشتري به او لتواطئهما على اخفائه من العوارض التي لا يمكن معها تحصيل العلم به سقطت
الشفعة لانتفاء العوض بل لتعذر تسليم الثمن الذي هو واجب على الشفيع والقدرة عليه شرط في استحقاق
الشفعة كما مر فاذا وجد عجزه عنه بعين به فلا شفعة له وعلل في المسالك بطلان
الشفعة على هذا التقدير بان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ولا يعلم فلا يمكنه
ملكه الا بتسليمه فاشترط العلم بكميته والا لم يصح الاخذ لفقد الشرط وهو عود منه الى الجزم بان الدفع
مملك بعد سبق القول بتعذره في ذلك مع ان البطلان هنا لا يتوقف على اشتراط الدفع في التملك
بل يكفي في سقوط الشفعة وعدم استحقاقها عجزه عن الثمن لاعساره او لجهله به وهو كذلك كما
عرفت هذا مع التسالم على الجهل اما لو ادعى الشفيع على المشتري به اي الثمن فانكر او ادعى النسيان
او ان الثمن كان عرضا واخذه البائع وتلف في يده ولا يعلم قيمته فالقول قوله بيمينه فاذا حلف

لشفعة

سقطت شفعته وان نكل قضينا بالنكول فان كان الشفيع يدعي العلم بقدره وعينه تقدر واخذه بالشفعة
من غير يمين وان لم نقض بالنكول حلف على ما يدعيه واخذه وان لم يدع العلم فيشبه احتمل
سقوط دعواه لعدم امكان الحكم بشيء ولعله الاقرب ويحتمل احلاف الشفيع على علم المشتري ان ادعى
عليه فيحبس المشتري حتى يبين قوله ولو انتقل الشقص بهبة او صلح او صداق فلا شفعة اي بغير
ضمانه استحقاق الشفعة انتقال الشقص بعقد البيع فلو انتقل بغيره من عقود المعاوضات وغيرها
فلا شفعة كما هو المشهور بين الاصحاب حتى كاد يكون اجماعا بل عن الشيخ الاجماع عليه للاصل واختصاص
موارد الشفعة في النصوص بالبيع فلا يتعدى الى غيره الا بالقياس المحظور خلافا لما يحكى عن الاسكافي
فحكم بثبوت الشفعة في سائر العقود وان كان لم تكن من المعاوضات كالهبة الجائزة والصدقة والعتاق
لخصوص البيع ومعولا على الحكمة في الشفعة وهي دفع الضرر وهو كما ترى ونوقش في المفاتيح
الاسكافي بعقود المعاوضات دون غيرها نظرا الى ان الاخذ بغير عوض بعيد حكمة وما بالعوض خلافه
مقتضى الاخذ والى الصحيح الوارد في رجل تزوج امرأة على بيت في دار له وله في تلك الدار شركاء قال جائز
له ولها ولا شفعة لاحد من الشركاء عليه ولا وجه للاستبعاد لو وقف عموم ادلة الشفعة بالاخذ
مما يقع بغير عوض ونفي الشفعة في الصحيح المذكور قد لا يكون لانتقالها بما جعل
صداقا بل قد يكون لانتفاء الشركة في البيت وان تحققت في الدار او لتعدد الشركاء وكيفما كان
فالمعتمد اختصاص الشفعة بعقد البيع دون غيره من العقود مطلقا فلو اختلف الشفيع والمشتري في
ذلك فالقول قول المشتري لاصالة عدم استحقاق الشفيع انتزاع الملك منه ولو اقام كل منهما
بينة على ما بيده قدمت بينة الشفيع لقوة بينة الخارج وعن الشيخ التعويل على القرعة لانها
لكل امر مشتبه ولا اشتباه بعد كون الشفيع مدعيا والمشتري مدعى عليه وان البينة على الاول
واليمين على الثاني قوله ولو اشتراه بثمن كثير ثم عوضه عنه بيسير او ابراه من الاكثر اخذ الشفيع بالجميع
بلا اشكال فان اللازم على الشفيع الاخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وان كان اضعاف قيمة
الشقص الاكثر لانه الذي يستحقه البائع على المشتري فلو ابراه من غيره فرضا بعد ان يكون ذلك مواطاة

بين

٢٥٢ بين ان يكون البائع والمشتري قبل العقد اولا ولا بين ان يقصد بذلك الحيلة في اسقاط حق الشفيع وعن اخذ
الشفيع بالشفعة لكثرة الثمن اولا لما اشرنا اليه من ان ما وقع العقد عليه من الثمن هو اللازم للشفيع
المشتري ويجوز للبائع اخذه منه بلا خلاف الا ما يظهر من التحرير من انه لو تواطأ على الابراء والتعويض
بالبيع لم يجز للبائع الا اخذ ما تواطأ عليه على الابراء عليه في الباطن وان جاز اخذ الجميع في ظاهر الحكم
ولا مستند له سوى تخيل ان العقود تابعة للقصود وما قصد في نفس الامر هو ما تواطأ عليه دون ما
يقع اللفظ وفيه منع عموم ان العقود من الثمن هو ما تضمنه العقد وان كانت المواطاة واعتبارها فلا اثر عليه وعلى
اي تقدير فلا يدفع الشفيع الا بالثمن المذكور في متن العقد حتى لو فرض اشتراط المشتري على البائع
الابراء من بعضه لم يكن للشفيع سوى الاخذ بالجميع سواء وفى البائع بما اشترطه المشتري عليه او لا لان
حكم الشرط من الوفاء والتسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به مختص بالمشتري لو فرض وقوعه في ضمن العقد الواقع
بينهما فلا يتعدى الى الشفيع كما لا يخفى وانما تعرض المصنف لما ذكره من الشراء بالثمن الكثير والتعويض بالايسر
تنبيها على جواز الاحتيال في اسقاط حق الشفعة ولا خلاف بين الاصحاب في جوازه وربما احتمل العدم هنا
لما فيه من ابقاء الضرر على الشفيع وهو معارض باحتمال ضرر المشتري بالشفعة كما في كثير من الاحوال
مع ان دليل الضرر لو تم هنا اقتضى المنع كما ذهب اليه بعض المخالفين ولا وجه له سواه او لبس في الحيل المقررة
ونظائرها هنا وضوح عن الغرر فان منها ما سمعته من زيادة الثمن والتعويض عنه او الابراء ولا اسقاط
فيه لحق الشفعة بل غايته استلزام دفع رغبة الشفيع عن الشفعة واعراضه عنها وهو لا يقتضي سقوطها
ومنها العدول الى غير محل الشفعة من هبة او صلح او اجارة او غير ذلك لاختصاصها بالبيع ومنها الاتيان
بالبيع مع وجود المعارض للاستحقاق كما لو باع بثمن معلوم بالمشاهدة لكونه من غير الموزون فادعيا
البائع الى التلف قبل معرفة قيمته فلا شفعة لجهالة الثمن او باع الشقص بعد هبة بعضه فانه لا شفعة
لتعدد الشركاء او باع عشر الشقص بتسعة اعشار الثمن ثم باع تسعة اعشاره بعشر الثمن فانه لا يشفع
في البيع الاول لزيادة الثمن ولا في الثاني لكثرة الشركاء او باع بثمن معلوم فاتلف المشتري قبل القبض
بعد ما قبض البائع الشقص فيطلب من ملكه فانه لا يتمكن الشفيع من الشفعة لانفساخ البيع

وتلف العين فلا يلزم المشتري سوى رد قيمة العين الى البايع الى غير ذلك من الصور التي لا تخفى دفع الحق
بعد ثبوته بل سقطا هاهنا عدم ثبوت الاستحقاق فلو اعراض الشفيع عن حقه لعدم دعه بغير ومثله لا
يقتضي منعا والكراهة **قوله** ولو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن حلف المشتري الظاهر ان هذا الامر
الاختلاف انما هو من قبل اخذ الشفيع بالشفعة اما لو كان بعده فاختلفا فيما دفع عليه الشفعة من الثمن
فلا يبعد التم في تقديم قول الشفيع لان المشتري يدعي اشتغال ذمته بالزيادة والشفيع ينكرها فما نحن
اختلاف المتبايعين وحينئذ وانما قدم قول البايع مع بقاء السلعة لورود النص ولولاه لكان تقديم
قول نافي الزيادة متعينا مطلقا وقد نص في جامع المقاصد على ان الاختلاف في هذه المسائل مشترك
الى مسائل الاختلاف في الثمن انما قبل الاخذ بالشفعة على ما ذكر وكيف فلو اختلفا في قدر الثمن قبل
الاخذ بها بان ادعى المشتري انه مائة والشفيع انه خمسون ولا بينة لاحدهما فالمشهور تقديم قول المشتري
بلا خلاف فاجده الا ما يحكى عن ابن الجنيد من تقديم قول الشفيع والمحكي من عبارته في المختلف لا تقديم
قوله بعد الاخذ بالشفعة وان المشتري باخذه بها ولعله خروج عن محل البحث كما اشرنا اليه والمختصر
تقديم قول المشتري لعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر والمشتري منكر في المقام لانه لا يحتمل
لدعوى الشفيع النقصان سوى استحقاقه فالمراد الملاك من المشتري بهذا الثمن الناقص وان الزيادة عنه
والمشتري منكر لذلك ودعوى الزيادة لا تقتضي صيرورته مدعيا اذ لا يدعي اشتغال ذمة الشفيع
بها ولا يحاول اخذها منه بل هي منحصرة لمنشاء انكاره الاستحقاق بهذا الثمن المخصوص حتى لو وجد
شيء منه الا انه يقطع دفاعه عما يدعيه الشفيع كان منكرا لما يدعيه من عزم عوضه ما احتج على الشفيع
واما ما اورده على ذلك في الروضة تبعا لما في جامع المقاصد بان هذا انما يتم قبل الاخذ بالشفعة اما
بعده فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع وبانه فيه جميع ما سبق فيغير ما عرفت من خروج الفرض
المذكور عن محل البحث ان اراد الاخذ الصحيح المتفق عليه بينهما حين الاخذ وان ارادوا الاعم من ذلك
فلا نسلم بينهما على الملاك ولا على اشتغال ذمة الشفيع لينتفي كونه مدعيا بالزيادة
ثم اورد في الروضة على نفسه قال لا يقال لانه يا اخذ حتى يستقر امر الثمن لما تقدم من اشتراط العلم بقدره

قا

٢٥٣

فاد امناسا ذهبي لا يوخذ ويتخير الاعتداد لانا نقول المعتبر في اخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده او على حسب
ما في الاعتقاد فانا لعلم بقدره حال الاخذ ووقع التنازع فيه بعد ذلك للشفيع منكرا لشراء المشتري
هو المدعي ويمكن ان يقال ان يملك الشفيع رضى المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعده فيصير المشتري مدعيا
وهذا لا يخفى ما فيه بما ذكره من توقف الاخذ على استقرار امر الثمن فيحتمل لكن كما ذكره بل لا اشتراط الاخذ بكونه
بالثمن الذي وقع عليه عقد البيع والاختلاف فيه دعوى الشفيع العلم به فيتخصص قدره في نفس الامر
ولا في حق المشتري مع انكاره وانما يتخصص باتفاقهما عليه او بالبينة ولا يستقر الثمن بدون ذلك واما
اشتراط علم الشفيع به فانما هو لرفع الغرر والجهالة بالنظر اليه ولا مدخلية له في ثبوته تعيينا لقدر الثمن
والزام المشتري به كما هو واضح بادنى تامل ومنه يظهر ضعف التوجيه الاخير فان تملك الشفيع قبل دفع
الثمن وان كان بعد اتفاقهما على قدر الثمن وحصل مستقر بينهما فهو مما لا اشكال فيه وهو خروج عن محل
البحث وان كان مجهولا لبيته واختلافهما فيه فيمنع صحة الاخذ والتملك ولا يصححه رضى المشتري بتاخير دفع
الثمن على ان هذا التوجيه لا يتم على ما يظهر من الفاضل الشارح من توقف الملك او تمامه على دفع الثمن
فلا يتم جعل الشفيع منكرا والمشتري مدعيا نعم يمكن جعل اختلافهما من التداعي بناء على صرف
الاختلاف الى عقد البيع لان المشتري يخصصه بالزائد عن المخصص منه بالناقص كما يحكى عن الشافعي اولا
نفس الامر الذي اعتبر حين العقد فان احدا لا يدعي كونه هو الزائد معا ودعي صاحب الزائد كونه هو الناقص
فيكون كل منهما مدعيا ومنكرا فيلزم التحالف فان حلفا او نكلا فلا شفعة وان حلف احدهما اخذ
بشيء يدعيه ويحتمل تقديم قول المشتري ايضا لانه فعل وهو اعرف بعقده هذا كله مع العجز عن
اقامة البينة اما لو اقامها احدهما مشتريا كان او شفيعا وجب الحكم بمقتضاها ولو شرع بينة المشتري
هنا وان كان منكرا لا مكان دفع اليمين عن نفسه بادعاء ما يقتضي بطلان دعوى المدعي مع اقامته
البينة عليه كما سيأتي بينة بين على تقديم قول بينة الداخل والخارج فعلى المشهور تقدم بينة الشفيع
لكونه خارجا مدعيا وخروجه في المختلف ترجيح بينة المشتري لانه داخل يقبول قوله قال وهذا بخلاف الداخل
والخارج لان بينة الداخل يمكن ان تستند الى اليد فلذا قدمنا بينة الخارج في صورة النزاع انما الشهود

على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع واورد عليه في جامع المقاصد والمسالك بان بينة الخارج ليس
لما ذكره خاصة بل لقوله البينة على المدعي واليمين على من انكر والخارج مدعي فتوجيه تقديم بينته غير
ان الترجيح بهما جميعا لان الداخل هو المتشبث بالملك والخارج من لا يثبت له انما ندعيه وما هي غير
لمشترك ولا يصدق الخارج والداخل على مطلق المدعي والمنكر بل قد تقبل بينة لو ادعى امرا يقتضي تكذيب بينة
المدعي **قوله** لو ادعى ان شريكه اشترى بعده حلف الشريك ويكفيه الحلف على نفي الشفعة لا اشكال في ان
تقديم ملك الاخذ شرط في استحقاق الشفعة فلو ادعى احد الشريكين ليشفع في ملك الاخر فانكره
الاخر ولا بينة فالقول قول المنكر بيمينه لان الاصل عدم استحقاق الشفعة واصالة عدم التاخر في ملك المدعي
عليه معارضة بالمثل في ملك المدعي فلا شفعة ايضا لاحتمال الاقتران واما الاكتفاء بالحلف على نفي الشفعة
وان اجاب المنكر بنفي التاخر فلا يختص بهذا المقام بل يأتي في جميع الدعاوي فان نفي الاعم يستلزم نفي الاخص
فلا يجب الحلف بعينه بالبيمين على نفي الاخص وقد لا يمكنه الحلف على نفي التاخر لكنه عالم بانتفاء الشفعة
وسقوطها باحد الاسباب فلا يجب الزامه بالحلف على نفي التاخر اذا المقصود من دعوى التاخر انما هو التمهيد
لاستحقاق الشفعة فالدعوى حقيقة هو الاستحقاق ولا يحلف الا باليمين الا على عدم الاستحقاق ولو اقام
بينة على سبق عقده او الاقتران سقطت عنه كلفة اليمين ولو اقام الاخر بينة على ما ادعاه من التاخر اخذ
بالشفعة مع انتفاء المعارض **قوله** ولو تداعيا السبق قضي لمن اقامه ادعى كل من المشتريين السبق يشترك
الشفيع في شراء الاخر ولا بينة حلف كل منهما على نفي ما يدعيه الاخر من السبق فان حلفا او نكلا فلا
شفعة بينهما لاطراد النافي بالدعوى ولو نكل صاحبه عن اليمين حلف واستحق الشفعة وسقطت دعوى
صاحبه لو ادعى ملكه وكذا لو ابتدر بالدعوى وتحج سماع دعوى صاحب اليمين فان سماع دعوى التالي
انما تكون بعد انتهاء الاولى كما نبه عليه العلامة في الدروس ولو اقام احدهما بينة حكم له بها وسقطت دعوى
الاخر ولو اقاما بينتان منعا رضتين ولا مرجح لاحدهما فيحتمل التساقط للتنافي وانتفاء المرجح
فينتفي الشفعة ويحتمل استعمال القرعة بينهما لاحتمال لاتفاق البينتين والمدعيين على ثبوت مستحق
للشفعة بسببه وانما عدم تميزه ظاهرا وهو محل القرعة فانها لكل امر مشتبه على هذا الاخير

قيل

٢٥٤

قيل الثمن محقق الاصحاب وهو متجه حيث ينتفي احتمال الاقتران ويحصل القطع للحاكم بصدق احدى البينتين
واشتباه الاخرى اما مع اشتباههما لكذبهما فلا وجه الا التساقط كما هو احتمالا وغير المحققين والفاضل الشارح
في المسالك الا انه مع ذلك اوجبا تحالف المدعيين واستحلف في جامع المقاصد لانتفاء اليمين عن الدعوى
مع قيام البينة وفي المسالك نفي الاستبعاد عن الحكم باليمين مع سقوط البينة التعارض وجعل في الحاق ولعله الظهر
في الدروس **قال كتاب السبق والرماية** السبق بسكون الباء لغة مصدر وبفتحها يعني العوض والرماية بكسر الراء
مصدر رمى بمعنى الالقاء والمراد بهما هنا معاملة مخصوصة شرعت لفائدة التمرن على مباشرة
النضال والاستعداد لها ولرسة القتال ولا خلاف بين العلماء في مشروعيتهما لقوله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم
من قوة ومن رباط الخيل وقوله انا ذهبنا نستبق والنصوص الدالة على مشروعيتهما قولا وفعلا مستفيضة
فقد روى العريقاة في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال لا سبق الا في حافر او نصل او خف وروى الصدوق
في المرسل عن الصادق عليه السلام قال ان الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش
والنصل وقد سابق رسول الله صلى الله عليه وآله اسامة بن زيد واجرى الخيل وعن غريب في الصحيح عن جعفر عن ابيه ان
رسول الله صلى الله عليه وآله سابق بين الخيل واعطى السابق السوابق من عنده الى غير ذلك من النصوص الفاضية
بالامور المعدودة فيهما مع بعوض وغير عوض **قوله** وانما ينعقد السبق من الكاملين الخاليين عن الحجر
على الخيل والبغال والحمير والفيلة والابل والسهم والحراب اما اشتراط الكمال فلما مر وارتفاع الحجر
عنهما فيما لا ريب فيه لكونهما من التصرف المالي واما انعقادهما وشرعيتهما مع اشتراط العوض في الامور
المذكورة ولانه تحريم الرهان فيما عداها فللاخبار المذكورة وعلى تحريمه ونقل الملائكة عنه وحوله
القمار واللعب واختصاصها بالاستثناء في النبوي المتقدم وغيره لتناول الحافر الدواب الثلاثة
وتناول الخف الابل والفيلة وشمول النصل والسيف والسهم والحراب فعن الصحاح النصل نصل السهم
والسيف والسكين والرمح وربما احتمل الحافر مطلق المحدد كالدبوس والعصا اذا اجعل في راسها حديدة
فقد حكي في المسالك عن بعض مشايخه المعتدين الاحتمال لجواز الفعل بوضع الحديدة واشتراط العصي
ويدفعه الاصل و لا خلاف عندنا في جواز المسابقة على البغال والحمير كما في المسالك علما انا عليه

من المحكي عن الاسكافي من الجواز ولعله في غير محله وان وافقه بعض المتأخرين في الاول منهما وفي الفيل ايضا
مع عدم انصراف الاطلاق الى الفيل بل وان الغالب في الحافر الذي يتجه فيه ما تل عليه هو الخيل وفي الخف الابل
سيما في زمن صدور الاخبار لعدم صلاحية غيرها للكر والفر ولذا اعرض جماعة من الموصين عن ركوب الفيلة
في الحرب فقال ع اني لا اخرج من اهل البصرة الى داوي ولا ابتغي من اوي والفيل فيكفيني لكثرة الاجتهاد في
مقابلة النص واتفاق الاصحاب ظاهرا فان الخلاف انما يعزى الى المحكي عنهم لما ذكر من التعليل ثم قد
يتأمل في اندراج الفيل تحت الخف بناء على انه لا خف لها لما ظهر من الخف لحصر الخف في الابل والنعام
خاصة فلا اشكال في المنع حينئذ حينئذ ما قال ودعوى الاجماع في المسائل اللغوية غير مسموعة لان
المطلوب منها اثبات الوضع اللغوي ولا سبيل للاجماع في ذلك والاحوط الترك منهما بل وفي البغال
والحمير لعدم تعرض غير السابق عليهما في شيء من الاعصار مع عدم الموافقة للحكمة المسوغة والاعتبار
قوله ولا بالمصارعة والسفن والطيور والعدو ولا خلاف في تحريم المسابقة بعوض فيما عدا الثلاثة
المنقدمة لاصالة تحريم الرهان والغالب والحصر في النصوص المتقدمة مؤيدا بما حكي جماعة من الاصحاب من
الاجماع على ذلك وانما يحكى عن بعض العامة الجواز في كل ما له دخل في الاستعداد للحرب من المصارعة
التي قد يحتاج اليها العرب والعدو والسفن التي قد يقاتل بها في البحر والطيور التي قد يستعمل
بها احوال العدو ونحو ذلك وهو من القياس المحصور نعم قد يتم في الطيور نظرا الى استثناء الريش
في النبوي وغيره بل قد ينسب الى علم الصدوق في الفقيه الجواز لارادته منه ما يتضمن كالخبر عن شهادة
من يلعب بالحمام قال لا بأس اذا لم يعرف بفسق فانه من قبلنا يقولون قال ع من هو شيطان فقال
سبحان الله اما علمتم ان رسول الله ص قال ان الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا
الحافر والخف والريش والنصل وفي اخر لا بأس بشهادة الذي يلعب في الحمام ولا بأس بشهادة
السابق المراهن عليه فان رسول الله ص قد اجرى الخيل وسابق وكان يقول ان الملائكة تحضر الرهان
في الخف والحافر والريش والنصل وما سوى ذلك حرام لكن الاصحاب لم يعملوا بهما الا الاول مع الحمل
على المنع من المسابقة بالطيور ومع اشتراط العوض على ما نقل عن الشيخ والعلامة في ط والتذكرة

وحمل

وحمل بعضهم الريش على السهام وهو بعيد جدا وحمله اخر على التصحيف وهو لا ينافي في الخبر الاول وكيف كان
المنع في الطيور وغيرها لضعف الخبرين المشار اليهما ونقل الاجماع على خلافه مع مخالفته الجواز للاصل و
عموم الحصر في التلفظ في النبوي وغيره هذا هو اذا اشترط العوض اما مع الخلو عنه ففي جواز المسابقة بغير ما
عدا الثلاثة مما ينتفع به في الحرب والخلاف بين الاصحاب ورجح الفاضل الشارح الجواز وبني الخلاف على ان
لفظ السبق المنفي في الرواية بسكون الباء او بفتح الباء وسكونها فعلى الاول الجواز لاختصاص المنع بالعوض المبذول
دون اصل الفعل فيبقى على اصل الاباحة وعلى الثاني المنع وادعى ان المشهور هو الاول فلذا اختار الجواز
في مثل المصارعة والمسابقة بالاقدام ورمي الحجر ورفعه ونحو ذلك عملا بما مر الرواية ان من ثبوت
صحيح وبعضده ما روي ان النبي ص امر الحسنين ع بالمصارعة وان رسول الله ص سابق عائشة في العدو ونسبقه مرة
وسبقها اخرى الا ان المنسوب الى الاشهر المنع بل عن ظ المهذب وصريح التذكرة الاجماع عليه لاندراج
ذلك في اللهو واللعب الممنوع منه في الايات والروايات وفي الرهان الذي تنفر الملائكة منه ان لم يوجد فيه
معنى ومورد بذل العوض على السبق وما اشير اليه في الرواية فالظاهر انه من طرق المخالفين بل يجب تنزيه الانبياء
عن مثله فانه مما لا يليق بمنصب النبوة نعم لو وجد رواية غرض صحيح على فعل تلك الاعمال من الاستعداد
للجهاد او صحة البدن او نحو ذلك مما يخرجه عن اللهو واللعب فلا منع قوله ولا بد فيها من ايجاب وقبول
على الاقرب اشارة بالاقرب الى الخلاف الشيخ في ط والخلاف حيث جعل المسابقة من العقود الجائزة كالجعالة
فلا تفتقر الى القبول وتبعه في ذلك العلامة في المخ لاصالة عدم اللزوم ولوجود ما هو من خواص الجعالة
فيها من جواز بذله من اجنبي ونحو ذلك واحتج المصنف وجماعة انها من العقود اللازمة كالاجارة لاشتراط
العمل بالعوض وكونه معلوما وانها من خواص الاجارة فتفتقر الى ايجاب وقبول وتكون لازمة لعموم الامر
بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وفي الاحتجاج الطرفين نظر ظ فان وجود بعض ما هو من خواص الجعالة
فيها لا يقتضي الحاقها بالجعالة لكونها بحكم الجعالة مفتقرة الى القبول لما ان وجود بعض ما هو من خواص الاجارة
لا يقتضي ذلك بل الظ انها معاملة مستقلة ثبتت شرعا خارجة عن تحريم الرهان والمقامرة بالنص والاجماع
وانما الاشكال في اندراجها في العقود والايقاعات فعلى الاول يجب الحكم بلزومها لعموم الوفاء بالعقود

ولما نشترط في الاشتراط المراد من لزوم الوفاء بها على العمل بمقتضاها لزوما وجوازا والا لوجب الوفاء بالعقود
الجائزة من العارية والوديعة ونحوها وهو خلاف الاجماع واحتج فان الوفاء بها في العمل بمقتضاها
وانما وجوب العقود الجائزة تخصيص للعام فيبقى حجة في الباقي فلا لزوم للاصل حاشية الدليل لكن ملاحظة
اكثر احكامها وشرائطها يقتضي كونها من سنخ الايقاعات والجعالات وليس في النصوص والفتاوى ما يرجح
جعلها من العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول سيما بعد ملاحظة جواز بذل العوض من اجنبي عن
المتسابقين لا يتوقف استحقاقه على كلام بينهما فضلا عن مراعاة صيغة مخصوصة مشتملة على ايجاب
وقبول مع انه لا بعد فيها لما صرح غير كما قبل يشبه بعضها المعاطاة الاجارة المشتملة على الاذن في
العمل بعوض يملكه بعد تمام العمل لم يكن بعيدا وكيف كان فالشك في اندراجها في العقود المعهودة كاف في
الحكم بعدم لزومها بمجرد التراضي ولو بالالفاظ الدالة على الرضا اذ لا دليل على لزوم مثلها ولعل العمل مستمر
على عدم الالتزام بفعل المسابقة بمجرد المقاولة بينهما والتراضي ولو بعد الشروع بالعمل قبل حصول
السبق فليتم قوله وتعيين العوض يظهر من العبارة وغيرها اشتراط العوض وصعلومية ولا اعتبار
خاصة حيث يشترط لكن المحكي في الروضة عن التذكرة ان العوض ليس شرطا وانما يعتبر تعيينه لو شرط وان حسنه
في الروضة وبه جزم في المفاتيح وغيرها وعليه فيصح العقد مع تجرده عن العوض ولعله استناد الى
الاصل وانه ليس من المعاوضات المحضة وان صح فيه بذل العوض من غير المتعاقدين مضافا الى ما يظهر
من الاخبار الواردة في حكايات اجراء النبي ص الخيل ونحو ذلك مما لم يحقق المعاوضة فيصح مع اشتراط العوض
وبدونه الا ان صحة المسابقة العقد به لا بد من ذكر العوض في غاية من الاشكال فان الاصل عدم صحة
العقد بدون العوض ولا اجماع على صحته مع ذكره عدم معلومية الصحة به وشمول المسابقة من اخلاء
في لزوم المسابقة وجوازها وتصورها بالاجارة والجعالة عدم اخلاء عقدهما من العوض وان اللزوم على
وصحة عقد منفصل بدون العوض او لزوم الاستباق من غير عوض بمجرد المقاولة بين المتسابقين والتراضي بينهما
مستبعد جدا بل فاسد قطعا والخبر وما اشير اليه من الاخبار والاثار الدالة على فعل المسابقة بدون العوض لا دلالة
فيه على تحقق عقد المسابقة الخالف في لزومه وجوازه بل غايته الدلالة على تحقق نفس العمل خاليا عن العوض وهو

مما

مما لا اشكال فيه ولا خلاف وانما الاشكال في عقد السبق المندرج في العقود والمعاملات والظ عدم انفكاكه
عن العوض بل يظهر من العلامة الطباطبائي في مصابيحه ان السبق لا ينفك عن السبق بالتحريك كما ان الرهان
لا ينفك عن الرهن والمخاطرة لا تنفك عن الخطر وهو بذل المال قوله ثم لا سبق بالسكون عن الثلاثة على
تحريم الفعل الخالي عن العوض لكنه كما ترى فان الولاية عرفية والاصل لا يقتضي تحقق السبق والسبق
الذي هو بمعنى العوض بخلاف الرهن والمخاطرة وكيف كان فحيث يشترط فلا بد من معلوميته سيما بتعيينه
جنسا وقدرا ووصفا دفعا للغرر والجهالة كما قطع به الاصحاب ويحتمل ابعدية الحاقها بالجعالة في
لجواز الجهالة في عوضها على بعض الوجوه وذلك حيث لا يمنع من التسليم ولا يفضي الى التنازع مثل ان يجعل
عبده لمن رده اليه عليه لكن الفاضل الشارح في المسالك جزم على جعلها من الجعالة اعتقادا وما اغتفر
في عوضها من الجهالة والظ ان من الحقها بالجعالة لا يوجد لها مستندا في عدم غايته بل يريد تنضيرها بالجعالة
في عدم الافتقار الى القبول والمشاكلة بعضه في جملة من الاحكام حيث اعتقد جهالة العوض فيها كما في
الجعالة ولا وفق مع تعيينه بكونه عينا او دينا كما في غيره من الاعواض ويترتب عليه ما مر من جواز
اخذ الرهن على الدين وضمانه دون العين الا على القول بجوازهما في الاعيان المضمونة كما صرح به هنا جماعة
من الاصحاب والظ ان مرادهم من جواز الرهن والضمان جوازهما حيث يملك السابق العوض بعد السبق لا
بمجرد العقد فان الحق قبل العمل غير ثابت في الذمة ولا مملوك فلا يصح اخذ الرهن عليه كمال الجعالة
قوله ويجوز كونه منهما ومن بيت المال ومن اجنبي ولا يشترط المحلل لا خلاف في جواز بذل العوض منهما
ومن احدهما ومن اجنبي اماما كان او غيره ولا يقدح بذل العوض من الغير في صدق المعاوضة واندراج عقد
المسابقة في المعاملات وعن ادعى جماعة اجماع المسلمين على جواز بذله من الامام سواء كان المال من
عنده او من بيت المال لانه موضوع لمصالح المسلمين واهمها الجهاد والاستعداد له لما في الصحيح ان رسول الله
سابق بين الخيل واعطى السوابق وفي الموثق انه الخيل وجعل سبقها اواقي من فضة وفي الخبر انه اجرى الخيل
التي اضمرت من الحفياء الى مسجد بني زريق وسبقها من ثلاث نخلات وغيرها بل نقل في التذكرة وغيرها الاجماع
عليه وسئل من منعه من المخالفين لم يعرف اختصاص الخيل والسلاح مما فيه من التقوية للجهاد واعزاز الدين

والقوة في مصالح المسلمين ولذا اجاز بذله من غيرهما ومن احدهما وجوّز بذله عن المفاخرة من الحرمة فاعن
بعض الحالة النهي من منع بذله من احد المتسابقين لاشتراكه في حيز المنع وعلى وضم فقد اخرج النص وظهر
الاصحاب عدم اشتراط المحلل حيث يقتضي عقد المسابقة بغير عوض وان كان بذله من المتسابقين بغير معاد المراد
من المحلل من يدخل بين المتراهنين متسابقا بغير معهما من غير عوض يبذله ليكون الاخذ بينهما بعض السابق منهما
ثم ان سبق هو اخذ العوض وان سبق لم يغرم لعله كل ذلك ما بالشرط في العقد ولا خلاف في جواز اشتراطه
في العقد الا انه لا يتوقف صحة العقد على اعتباره بلا خلاف الا ما يحكى عن ابن الجنيد من انه لو اخرج كل
منهما سبقا وقال من سبق فله العوضان لم يصح الا بالمحلل لرواية عامة من النبي صلى الله عليه وآله قال من ادخل فرسا بين
فرسين وهو لا يأمن ان يسبق فهو قمار ومن ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن ان يسبق فهو ليس بقمار وهي
كما ترى مع ضعفها قاصرة الدلالة وقد ادعى في المختلف الاجماع على عدم اعتبار المحلل حيث يكون العوض من ثالث
او من احدهما والحصر يقتضي اعتباره حيث يكون منهما كما لا يخفى **قوله** ويشترط في السبق تقدير
المسافة ابتداء وغاية والخطر وتعيين ما يسابق عليه واحتمال السبق في المعينين فلو علم قصور احدهما
بطل وان يجعل السبق لاحدهما او المحلل ان سبق لا لاجنبي لما كانت المسابقة معاملة شرعية لامتحان الفرس
ومعرفة قوة الفارس لفائدة الاستعداد للقتال ومباشرة القتال وجب ان يعتبر فيها ما ذكره المصنف من
الشرط الخمسة بل وما زاد عليها في التذكرة من اشتراط التساوي في الموقف وتساوي الدابتين جنسا وارسالهما
دفعة واستباقهما في الركوب عليهما وصلاحيتهما لقطع المسافة المقدرة لهما وكون الراكبين من اهل
القتال وابقاء العقد بينهما وخلوه عن الشرط الفاسد ولعل اكتفاء المصنف وغيره على الخمسة المذكورة
لعلو بعض اشتراط ما عداها ومن ضمن الادلة فان اكثر ادلة الجميع مستفاد المسابقة وانه واجب في
المعاوضات ومشروعيتها للمزية واعتبار الدابة بعد ذكرها وعدها من المعاملات يقتضي مراعاة العقد
وخلوه عن الشرط الفاسد المقتضي لفساده كما نبه المصنف عليه فيما سبق حيث قال ولا بد فيهما من ايجاب وقبول
ومراعاة تقدير المسافة ينبغي ان تكون بحيث يمكن قطعها للدابتين والا لزم السفه في المعاملة وانلاف
المال ومراعاة تعيين الخطر لرفع الجهالة والغرر لخروجه عن الجهالة ومراعاة جعله لاحد المتسابقين او المحلل

اذا لا يجعل

٢٥٦ اذ لا يعقل استحقاق العوض في المعاملة لغير المتعاوضين كما ان مشروعيتها لامتحان الفرس والفارس لفائدة
ممارسة القتال يقتضي تعيين الدابتين واحتمال السبق في المعينين وتساويهما جنسا وارسالهما
دفعة والاستباق عليهما في الركوب فلو ارسلاهما ليجريا بانفسهما لم يصح وان يكون الراكبان من اهل
القتال كالرجال دون النساء والصبيان لكن في هذا الاخير نظر فان عقد المسابقة مشروع لامتحان كل من
الفرس والفارس معا ولو على جهة الانفراد لحصول الغاية المطلوبة وهي الاستعداد للقتال فلا مانع من
ركوب غير الرجال في مقام امتحان الدابة خاصة الا ان يناقش في مشروعية المسابقة على هذا التقدير نظرا
الى انها معاملة على خلاف مقتضى الاصل وعموم تحريم المقامرة والمغالبة فيقتصر في موردها على القدر المتيقن
استثناؤه من العموم المذكور ولعل هذا هو العمدة في اعتبارهم لما اشترطوه واعتبروه من الشروط واختلافهم
لاختلاف نظرهم في ادلة المسابقة ومشروعيتها والا فالدليل على كل واحد من الشروط المذكورة بالخصوص كالعرف
به جماعة من الاصحاب وان نسب في الكفاية ذكر الشروط المعدودة الى الاصحاب الا انه غير صريح بل ولا ظاهر
في دعوى الاجماع **قوله** ولا يشترط التساوي في الموقف ما اختاره المصنف من عدم الاشتراط هو الاظهر الاولين
عملا بالاصل من غير معارض فان معرفة السابق من المسبوق ممكنة مع تعيين المبدأ والغاية وقد ربما يكون
الموقفين من التفاوت نعم لو جهل العقد بحكم لم يتبين السابق من المسبوق ولذا اعتبر ارسال الدابتين دفعة
لانهما لو ارسلا على التعاقب ولم يعرف قدر ما بينهما من التفاوت لا يعلم السبق ولو مع ضبط موقف الارسال
اولا بالنسبة الى المتأخرة فلا مانع من الصحة اصلا كما نبه عليه في المسالك فالقول باشتراط التساوي
في الموقف استنادا الى ان عدم السبق قد يكون مستندا اليه فيخل بالمقصود ضعيف جدا **قوله** والسابق
هو الذي يتقدم بالعنق هذا تحقيق لمعنى العرفي الذي يجب حمل اطلاق العقد عليه والظاهر صدق السابق
على ما تقدم ببعض العنق او بعضها وعن الاسكافي الاكتفاء بالتقدم بالاذن لقوله ص بعثت والساعة كفرسي
رهان كان احدهما ان يسبق صاحبه باذنه وهو محمول على المبالغة على نحو قوله ص من بنى مسجدا
كمفحص قطاة وعلى فرض الصدق فلا ريب في عدم انصراف الاطلاق اليه فلا يحمل اطلاق عقد المسابقة
عليه نعم لو صرحا في العقد بذلك احكم الشرع بالحكم عليه وقيل يعتبر التقدم بالكل العنق والكند وهو الكاهل

والكتف وقيل يعتبر التقدم بالكل وهو ضعيف لصدق السبق لغة وعرفا بالبعض قطعا وقيل يعتبر السبق بالقوائم
فالمتقدم بيديه عند الغاية سابق وهو متجه لكنه لا ينفك عن التقدم بالعنق **قوله** والمصلي هو الذي يحاذي
راسه صلى السابق وهما العظمان النابتان عن يمين الذنب وشماله فقد جرت العادة بتسمية عشرة من خيل
الحلبة وهي المجتمعة للسباق وليس لما بعد العاشر منها اسم الا الذي يجيء اخر الخيل كلها يقال له الفسكل
بكسر الفاء والكاف وفائدة الاحتياج الى السابق منها ظاهرة لاختصاصه ببذل العوض غالبا وقد يشترك
معه غيره فيسمى السابق مجليا والذي يحاذي راسه صلويه مصليا والثالث تاليا والرابع بارعا
والخامس مرتاحا والسادس حظيا والسابع عاطفا والثامن مؤملا والتاسع لطيما والعاشر
سكيتا بضم السين وفتح الكاف فان اشترط للمجلي مالا وللمصلي اقل منه وهكذا الى العاشر جاز ولا يجوز
باشتراط المساوي والاكثر للمتأخر لمنافاته الغرض من المسابقة جاز لو لا بجوز باشتراطه **قوله**
ويشترط في الرمي معرفة الرشق كعشرين وعدد الاصابة وصفتها من المارق والخاسق والخازق
والخاصل وغيرها اما اشتراط تعيين الرمي عند المتناضلين وهو بكسر الراء عدد الرمي الذي يتفقان عليه كعشرين
او اقل او اكثر وعن بعض اهل اللغة تخصيصه بما بين العشرين والثلاثين وهو نادر والوجه في اشتراط تعيينه
انه لو لا تعيينه لامكن ان يطلب المسبوق تعدد الرمي ولو الى غاية غير معينة ويمتنع الاخر فيفضي الى
التنازع الذي لم يشرع العقد الا لقطعه وقيل باشتراطه ليحصل له السبق ويمتنع في المحاطة دون
المبادرة وهو ضعيف واما اشتراط تعيين الاصابة فقد نقل في المسالك الاتفاق عليه وعلل بان الاستحقاق
بالاصابة بها يتبين حذق الرامي وجودة رميه وبها معرفة الناضل من المنضول وصفة الاصابة انما
يتبين بعدد الاصابة فلو عقدا على ان يكون الناضل منهما اكثرهما اصابة من غير بيان العدد لم يصح
فان تم ما حكي من الاتفاق والا فلا يخفى ضعف التعليلين المذكورين فان معرفة الناضل
من المنضول وحذق الرامي يتبين باكثرية الاصابة من الرشق المعين فلا حاجة الى تعيين عدد الاصابة
بعد تعيين الرشق نعم لو اشترطا عددا معينا صح ويتوقف الاستحقاق عليه واما اشتراط تعيين
صفة الاصابة من كون السهم مارقا او خارقا او خاسقا او مزدلفا او غيرها فقد صرح به جماعة وعلل

باختلاف

٢٥٨ وعلل باختلاف الاغراض منها واختلافها بالشدة والضعف فقد يقدر بعضهم على بعضها دون الاخر
فيكون ذلك التعيين غررا وقيل لا يشترط عملا بالاصل لمنع الغرر لان المعقود عليه مطلق الاصابة فيحمل
عليه وهو الاقوى وعلى الحمل على التقدير الاول فالسهم الموصوف بما ذكر هو المتم على ايصال الغرض منها وهي
وهو الذي يخرج من الهدف ويسمى الدائر والخاسق وهو الذي يثبت في الغرض ويسمى بالخازق وقيل
الخازق ما خدش الغرض ولم يثبت فيه والخاصل وهو ما اصاب الغرض وقد انهى في التحرير صفاته الى
ستة عشر ومن كتابه فقد انهاه الى تسعة عشر والكل هنا مراد مجرد ولا فائدة في التعرض لها **قوله** ويقدر
المسافة والغرض والسبق ويماثل جنس الالة ايضا يشترط معرفة المسافة التي يرمى منها بالمشاهدة
او تعيين المسافة ومعرفة قدر الغرض وهو ما يقصد اصابته من قرطاس او جلد او غيرهما ومعرفة
السبق وهو العوض ومعرفة نوع الالة التي يرمى بها كالقوس العربية او الفارسية ونحو ذلك وقد ربما يدل
على اعتبار تعيين السبق واما تعيين المسافة فلا اشكال فيه لانه لم يكن هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق
لاختلاف الاصابة بالقرب والبعد وينبغي ان يعتبر فيها مع التعيين احتمال الاصابة منها ما دوام
علم الاكتفاء بالندرة وكذا لا اشكال في تعيين الغرض لاختلاف الاصابة باختلافه في السعة والضيق
وينبغي ان يعتبر العلم بموضعه من الهدف اي ما يجعل فيه الغرض من تراب او غيره لاختلاف الاصابة باختلاف
في الرفعة والانحطاط واما اعتبار تماثل جنس الالة فقد يخالف الرمي باختلافه فهو من شرائط تماثل
حيوان السبق ولعل الاقوى تماثل من عدم اشتراطه وصحة العقد بمجرد اعتبارها بالاطلاق الاولية الا ان يكون
هناك عرف منصرف يحمل الاطلاق عليه او يشترطا نوعا خاصا فلا يجوز لهما العدول عن الشرط الا برضاهما
قوله ولا يشترط المبادرة ولا المحاطة ويحمل المطلق على المحاطة المراد من اشتراط المبادرة اشتراط
العوض لمن بدر الى الاصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما في الرشق كخمسة من عشرين
ومن اشتراط المحاطة اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الاصابة العدد المعين بعد مقابلة اصابات
احدهما باصابات الاخر بطرح ما اشتركا فيه والاكثر على عدم اعتبار التعرض لذلك وعن التذكرة اشتراط
تعيين احدهما لاختلاف الاغراض والوجهان فان منهم من يكثر اصابته في الابتداء وقيل نقل في الاستيفاء

ومنهم من هو على عكس ذلك واستجوده في المسالك ولعل الاجود عدم اشتراطه لانصراف اطلاق العقد
كما هو اختيار المصنف وجماعة بل هو بل قيل انه الاشهر لانه المتبادر واشتراط السبق لم يحصل لداخلة
معتبرة من اصل العقد وذلك يقتضي اكمال العدد كله لكون الاصابة منه وقيل ما ينصرف الى المبادرة
وهو في حيز المنع قوله فاذا تم النضال ملك الناضل العوض اي لا يملك العوض بمجرد العقد ولا بالشروع
بالمسابقة والمناضلة واذا تم النضال وهو ما يحقق به الاصابة المشروطة لاحدهما سواء اتم الرشق
ام لا فيفضل احدهما صاحبه ملك الناضل العوض والظاهر انه مما لا خلاف فيه ومقتضاه انها كالجعالة
ولو قلنا بلزومها اذ لا منافاة بين لزوم العقد وتاخر استحقاق العوض المشروط فيه ولعل الفارق بينها
وبين الاجارة حيث ان العوض في الاجارة يملك بالعقد ما اشار اليه في الروضة والمسالك من ان الملك
هنا لما كان للسابق منهما وهو غير معلوم بل يمكن عدم السبق لم يحقق الملك للسابق موقوفا على تحقق
السبق فلا يحصل بدونه بخلافه في الاجارة وظاهره كغيره من الاصحاب ان السبق شرط ناقل للعوض لا كاشف
عن ملكيته بالعقد خلافا لما يظهر من بعض فضلاء شاحب جمع ومال الدعوى الكشف مستظهرا ذلك
من عبارة المسالك وهو بمعزل عن ذلك مستدلا عليه بان سببية العقد المعلومة من النص والفتوى
تقتضيه وهو في حيز المنع فان العقد لم يسبب الا تملك الناضل العوض بعد النضال واتصافه
بالفعلية كما ان العقد الجعالة لم يسبب الملك الا بعد العمل والاصل يقتضي عدم الانتقال الا بعد تمام
النضال ومقتضى ذلك عدم جواز ضمانه واخذ الرهن عليه قبل تحقق السبق لعدم ثبوته في الذمة قبل ولا
يكون مجرد حصول السبب مع توقف تاثيره على شرط لم يحصل ويحصل من الروضة التردد في الضمان حاصة
والظاهر انه لا فرق بينه وبين الرهن في اشتراط ثبوت الحق في الذمة قبلهما كما مر في محله قوله واذا
فضل احدهما صاحبه فصالحه على ترك النضال لم يصح لما اذا حصلت الزيادة لاحدهما على الاخر قبل تمام
النضال فاراد المنضول اسقاط الفضل والزيادة ببذل العوض عوضا منها بالصلح ونحوه مع ارادة الاكمال
النضال فالمعروف بطلانه المعاوضة على ذلك بل لا احد فيه خلافا الا ما يظهر من الشرائع من
التوقف فيه حيث نسبه الى القيل ودليل المنع بانه مفوت للغرض من المناضلة وهو لا بد حذقة الرامي

وظهور

وظهور اجتهاده ومنافاته لوضعها وهو بمجرده لا يصلح مخصصا لعموم الصلح وجوازه لعدم ثبوت منافاته
للشرع مع امكان منع تحصيل الغرض منها بما ذكر بل يمكن ان يكون كسب المال وهو كما يحصل بالسبق يمكن
تحصيله بعد ثمانية فلذا استوجه في الرياض الجواز ان لم يكن الاجماع على منعقد على خلافه وهو متجه
قوله ولو ظهر استحقاق العوض وجب على الباذل مثله او قيمته هذا الحكم مما ذكره المحقق وغيره بل قيل انه
ظاهرهم عدم الخلاف فيه ولكنه لا يخلو من اشكال لعدم ما يقتضيه من قاعدة وغيرها بل ظهور استحقاق
العوض يقتضي فساد المعاملة ومقتضاه الالزام اما بطلان المسمى الاولى الى بدله كما ذكره في فساد العقد
بغير ظهور الاستحقاق ومن مقتضيات الفساد كظهور العوض خمرا او مجهولا او نحو ذلك من الاسباب استحقاق
اجرة المثل كما هو احتمال العلامة في القواعد وجزم به لو فسد عقد السبق بغير ظهور الاستحقاق فالحكم
الحكم بلزوم المثل والقيمة فيما لو بطل بظهور استحقاق العوض وعدم لزوم شيء اصلا او بطل بغير ذلك
مما يساعده الدليل والفرق بين الصورتين بصحة العقد مع ظهور الاستحقاق وان توقف على اجازة
المالك وفساده في غير ذلك لا يجدي بعد فرض عدم الاجازة لانكشاف الفساد ودعوى ان
لزوم المثل والقيمة الذي هو بدل ما اقدم عليه المتراضي من العوض الفاسد كالصداق اذا ظهر فساده غير
مسموعة لان الغرض من المسمى لا يقتضي لزومه بعد انتفائه ما يقتضي لزوم المسمى والتنظير بالصداق مع
تسليمه قياس مع الفارق فان عقد النكاح لا يبطل ببطلان الصداق بخلاف عقد المسابقة فانه يبطل
ببطلان العوض لو اعتبر فيه فالحق ان الالزام اللازم في جميع صور الفساد اما اجرة المثل بمعنى اجرة مثل
عمله وهو مجموع ركضه لا فرسه ما سبق به على نحو ما ثبت من الاجرة على الاجارة والجعالة الفاسدتين
لانه عمل محترم مأذون فيه فاذا بطل المسمى وجبت له اجرة المثل ولقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
او عدم لزوم شيء مطلقا لان الالتزام لم يقع الا على تقدير صحة العقد والاصل براءة الذمة منها ومن جوز
بين ما وقع عليه العقد والفرق بينه وبين الاجارة والجعالة لزم فان العمل فيهما مطلوب لمستاجر
والجاعل مما دخل ليرجع اليهما وهو عمل محترم قد صدر بامرهما واذنهما في ضمن العقد ولو
الفاسد فيستحق عليه اجرة المثل بخلاف عقد المسابقة المبني على المغالبة فانه عمل السابق وركضه لنفسه هو

لقصد تحصيل الغلبة والعوض ولا تعلق له بالمسبوق ولا طلب له ولا اذن منه فيه بل يسبقه مناف لغرضه او
في اسهما طالب السبق صاحبه فلا يستحق بعمله شيئا على المسبوق لو ظهر بطلان المسمى ولا الا يستحق اجرة لتجرد
العقد عن العوض وصحة بذل العوض من غير المتعاقدين وغير بطلانه عدم انه راجع ما مر فيه فاعلم ان ما يضمن
بصحيحه يضمن بفاسده فان مقتضاها ان العوض على الغالب والمسبوق بالعقد الصحيح مضمون عليه
ايضا بالعقد الفاسد لو استوفاه او فيضمن ولا يجري الا استيفاء فيما نحن فيه المسبوق حتى يضمن العوض
كما لا يخفى مع ان العلامة في اثبات القاعدة المشار اليها هو الاجماع المدعى وهو منتف في محل البحث فلعل
القول بعدم استحقاق شيء لو بطل العقد ويكون بمنزلة ما اذا تجرد عن العوض هو الاقوى

